

ドイツ刑法における利益没収の 歴史的展開とその現代的意義（１）

桑 島 翠

はじめに

第１章 ドイツ刑法典全面改正後の展開

第１節 前 史

第２節 収奪における「財産的利益」の解釈

第１款 判例における「財産的利益」の解釈

第２款 学界の反応

第３節 小 括

第２章 利益没収制度の転換期

第１節 1992年改正の背景

第１款 薬物犯罪及び組織的犯罪の台頭

第２款 収奪制度の問題点

第２節 1992年改正の内容

第１款 拡大収奪と総額主義の導入

第２款 改正後の状況

第３節 収奪の法的性質論

第１款 通 説

第２款 判例の見解

第４節 小 括

第３章 利益没収制度の新たな展開

第１節 判例における「行為から得たもの」の解釈の相違

第１款 判例における総額主義の理解

第２款 各刑事部による「得たもの」の解釈

第3款 判例に対する批判

第4款 小 括

第2節 「得たものの特定」に関する学説の展開

第1款 *Manfred Lenz* の見解

第2款 *Thomas Rönnau* の見解

第3款 保護目的連関を主張する見解

第4款 *Tim Gebauer* の見解

第5款 小 括

(以上、本号)

第3節 2017年改正の概要

第1款 概念の統一

第2款 総額主義の明確化及び具体化

第4節 小 括

第4章 ドイツ利益没収の現代的意義とその可能性

第1節 利益没収に関する議論の変遷

第1款 判例・学説における純益主義の敷衍

第2款 総額主義の導入と利益没収の法的性質

第3款 「得たものの特定」の議論

第2節 利益没収に関する議論の特徴と現代的意義

第3節 わが国の学説の現状

第1款 総額主義と純益主義との対立

第2款 利益没収の法的性質と範囲

第3款 ドイツ利益没収の接合可能性

結びに代えて

(以上、本誌71巻2号)

はじめに

一 問題意識

賭博により得た金員⁽¹⁾、財産犯罪により取得した赃物、わいせつ文書の販売により得た金員⁽²⁾、殺人や紙幣・印章等の偽造行為に対する謝礼などの、いわゆる犯罪による利益は、犯罪行為によって得た物（取得物件）又は犯罪行為

の報酬として得た物（報酬物件）として、刑法19条1項3号により没収される。これらの物件の没収は、犯罪による利益の剥奪を主な目的としており、⁽⁵⁾その趣旨を徹底するため、没収不能の場合、没収の換刑処分である価額の追徴（刑法19条の2）が定められている。刑法19条による没収の対象は「有体物」に限定されており、⁽⁶⁾債権などの「無形の利益」は初めから没収の可能性がないため追徴もできないと一般に理解されてきた。⁽⁷⁾しかし、有形か無形かで没収・追徴の可否が異なるのは不均衡であるため、⁽⁸⁾例えば、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律（以下「麻薬特例法」という）、及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律（以下「組織的犯罪処罰法」という）における没収・追徴の対象は、有形無形を問わないあらゆる利益を意味する「財産」と定義されている。

犯罪者から利益を取り上げる、いわゆる利益没収制度は、薬物犯罪、組織的犯罪、経済犯罪に対抗する手段として、刑法典のみならず多くの特別刑法において採用されている。⁽⁹⁾また、利益没収制度によって取り上げられる利益もここ数年で大きく増加している。例えば、2017年の麻薬特例法違反事件における没収・追徴金額は3億5000万円以上に上り、⁽¹⁰⁾同年の組織的犯罪処罰法違反事件における没収・追徴金額は28億円以上にも上る。⁽¹¹⁾こうした事情から、利益没収制度が現代社会において幅広く活用されていることが伺える。

しかし犯罪による利益のうち、犯罪取得物件の解釈、とりわけ麻薬特例法、組織的犯罪処罰法、金融商品取引法においては、「犯罪行為により得た財産」の解釈が実務上問題となるところ、⁽¹²⁾「犯罪行為により得た財産」が具体的にどのような利益を指すかは、いずれの刑罰法規を見ても明記されていない。そのため、犯罪者が得た利益のうち、没収によってどこまでを不当な利益として裁判所が取り上げるべきか、すなわち、利益没収の範囲については、依然として明らかになっていない。これを明らかにするには、法的性質からアプローチするという刑法解釈の伝統的手法が考えられるが、我が国の

従来の学説の多くは、個別の刑罰法規の立法趣旨・目的の解釈に終始していたため、没収の法的性質にまで遡った理論構築はさほど行われてこなかった。⁽¹³⁾

二 利益没収それ自体の法的性質

没収の法的性質について我が国の通説的見解は、犯罪による利益の没収は、犯罪による利益を保持せしめない意味において、犯罪行為に対する道義的非難として財産的不利益を科する趣旨が濃厚であり、罰金と同様に財産刑の色彩が強いとしてきた。⁽¹⁴⁾しかし、没収の刑罰的性質から、没収の範囲に関して一義的な帰結が導かれるわけではない。⁽¹⁵⁾また、没収に一義的に刑罰的性質を認めながら、行為者から取り上げるべき利益の範囲については、没収とその換刑処分である追徴とで異なる帰結を導いている見解も主張されていることから、没収の法的性質とその範囲との理論関係は不明確であるのが学説の現状だと思われる。こうした状況となった原因は、次の点に求められよう。すなわち、通説的見解が、付加刑という没収の形式的な位置づけのみを理由として刑罰的性格を認め、法的性質についてそれ以上の検討を行ってこなかったため、「行為者から犯罪による不当な利益を取り上げる」という利益没収の本質的な部分が十分に検討されてこなかったという点である。それゆえ、利益没収の法的性質とその範囲との関係を明らかにするためには、利益没収それ自体の法的性質が検討されなければならない。

三 本稿の目的

前述の問題意識に対するアプローチとして、実質的な観点から利益没収の法的性質を論じた学説が数多くみられる、ドイツ刑法との比較法が考えられる。しかし、利益没収制度の沿革を抜きにしてはドイツとの比較法を行うことができないため、別稿では、ドイツ刑法との比較法を行う前段階として、古典期ローマ法から1975年の刑法典全面改正までのドイツの立法の歴史的展

開を素描し、同国における利益没収制度の位置づけを明らかにした。⁽¹⁷⁾ 別稿では、具体的に以下の２点を明らかにした。すなわち、ドイツの利益没収制度は、①原告－被告間の利益の調整を内容とする不当利得・不法原因給付類似の規定→利益・報酬の没収を定めた付加刑→利益・報酬を上回る額の罰金刑→違法な行為のみを要件として利益・報酬を取り上げる収奪、とその制度の位置づけが多分に移り変わっていったという点、②利益・報酬相当又はそれを上回る額の罰金刑は除き、「行為者から犯罪による不当な利益を取り上げる」という利益没収は、それが付加刑に位置づけられていたとしても、行為者に対する害悪付加を本質とする刑罰とは区別されるという法的性質の理解が存在したという点である。⁽¹⁸⁾

別稿では、ドイツの利益没収制度の沿革については、ドイツ刑法典全面改正の時点までしか明らかにすることができなかった。また、別稿では、利益没収の範囲、すなわち、「犯罪による利益のうち、どこまでが不当な利益として没収されるか」に関するドイツ刑法学の理解を明らかにすることが課題として残った。それゆえ本稿は、別稿の続編として、利益没収制度に関するドイツ刑法学の歴史的展開をたどり、利益没収の範囲に関するドイツ刑法学の理解を明らかにすることを目的とする。

四 分析の手法

そこで、以上の目的を達成すべく、本稿の分析の手法をあらかじめ呈示しておきたい。

まず、別稿との関係から、本稿が分析対象とする時間的範囲は、1975年のドイツ刑法典全面改正から、2017年7月1日に施行された「刑法上の財産はく奪の改正のための法律」[Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung]⁽¹⁹⁾により行われた刑法典の一部改正後（以下「2017年改正」とする）までとする。

ドイツ刑法典改正以降のドイツ刑法学においては、利益没収の範囲に関す

る議論が活発となり、また、利益没収に関する学説及び判例と刑事立法との間に密接な関係も確認できる。我が国の先行研究においてはすでに、ドイツ刑法典改正以降の利益没収制度の沿革を研究した論稿は存在する。しかし、1975年の改正から2017年改正以降の利益没収制度の沿革を統一的に叙述したものは存在しない。また、利益没収に関する判例や学説がドイツの刑事立法にどのように影響を与えたかは、十分に明らかにされていない。法制史研究及び比較法研究においては、制度の概要だけでなく、その制度の背後に存在する議論が重要となるため、本稿の検討対象は、利益没収の範囲に関するドイツの刑事立法及び学説・判例とする。被害者の請求権の考慮規定、第三者に対する利益没収規定、手続法等の部分を含めた利益没収制度の包括的な分析・検討は、別稿としたい。

次に、本稿は以下の順序に従って分析作業を進める。まず、総則的な利益没収制度が運用され始めた1975年の改正から1992年の改正前までの判例及び学説の展開過程を跡付け(第1章)、続いて、利益没収制度の転換期に当たる、1992年のドイツ刑法の一部改正(以下「1992年改正」とする)及びそれに対する学説の展開を素描する(第2章)。2017年改正の分析においては、改正の要因となった利益没収の範囲に関する判例の展開及び利益没収に関する学説の新たな展開をたどる(第3章)。第3章までの歴史的記述から得られた知見を総合し、ドイツにおける議論の到達点とその現代的意義を析出したうえで、我が国の議論との接合可能性を探る(第4章)。

五 概念の整理

本稿の分析対象は、犯罪を理由に獲得された個別具体的な財産的利益を行為者から取り上げる、いわゆる利益没収制度である。本稿で取り上げる利益没収制度は、収奪(Verfall)と没収(Einziehung)の2つである。収奪とは1969年の第二次刑法改正法[Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts⁽²¹⁾(2. StrRG)]により導入された利益没収である。詳細は第3章において説

明するが、収奪はその後、2017年改正により、利益没収に関する用語の変更が行われ、収奪から没収へと変更された。⁽²²⁾ 現行のドイツ刑法における没収は、犯罪による利益の没収（ドイツ刑法典73条以下。以下、断りがない場合は、条文はドイツ刑法典のものを指す）と、わが国でいう生成物件、供用物件、供用準備物件の没収⁽²³⁾（刑法74条以下）との2つを意味するが、本稿では前者の規定のみを検討対象とする。本稿の検討対象である収奪及び没収は、いずれも、違法行為によって獲得された報酬・利益を取り上げる、被告人に対する有罪判決を要件としない刑法上の処分（刑法11条1項8号）である。

第1章 ドイツ刑法典全面改正後の展開

第1節 前史

本節では、利益没収制度に関するドイツ刑法学の沿革を明らかにするに先立ち、収奪制度が刑法典に導入される経緯を概観する。全面改正以前のドイツ刑法典には、犯罪による利益を取り上げる総則規定は存在せず、収賄罪など一部の限られた構成要件において、行為者が犯罪行為によって得た利益及び報酬の没収が認められていたにすぎない。⁽²⁴⁾ 全面改正までは、罰金刑の枠組みで利益没収が行われていた。当時の規定の刑法27条cによれば、罰金刑は、行為者が犯罪のために受領した報酬及び犯罪から獲得した利益を上回るものとされ、法定刑の上限がこれに達しない場合には、その上限を超えることが許されており、⁽²⁵⁾ 高額な罰金刑を通じた間接的な利益没収が行われていた。⁽²⁶⁾

全面改正においては、罰金刑の改正が基本問題の1つとして審議された。⁽²⁷⁾ すなわち、罰金刑を量定する際、当時の規定では行為者の経済状態が十分に考慮されておらず、その結果、資産のない者に対する罰金刑が、裕福な者に対するそれと比較して過酷な結果となり、犠牲平等原則が侵害される事態が問題視された。⁽²⁸⁾ 全く新たな罰金刑制度へ移行する必要性が指摘されたのであるが、⁽²⁹⁾ 罰金刑制度を改正するに当たって参考にされたのが、スカンジナビア

諸国の刑事法が採用していた日数罰金制度であった。⁽³⁰⁾日数罰金制度は、罰金刑の総額を行為者の違法と責任に応じて決定したうえで、罰金の一日の支払い額を、行為者の経済状態を考慮して決めることを内容としており、ドイツ刑法典及び特別刑法において日数罰金制度を全面的に採用する立法提案がなされた。これに伴い、罰金刑によって行為者から犯罪による利益を効果的に剥奪することができない状況が生じた。⁽³¹⁾また、審議においては、間接的な利益没収を、罰金刑が法定刑とされている犯罪行為へ限定することが無意味であることも問題とされた。⁽³²⁾以上により、当時のドイツ刑法が、犯罪による利益の取り上げに関する刑事政策の必要性に全面的に応じおらず、総則的な利益没収制度を刑法典に導入する必要性が生じたため、収奪制度が刑法典に導入されるに至った。全面改正によって導入された収奪の枠組みは以下のよう⁽³³⁾に定められた。

第73条（収奪の要件）

（１）違法な行為が犯され、正犯者又は共犯者がその行為に対して、又はその行為によって財産的利益（Vermögensvorteil）を得たときは、裁判所は、この収奪を命ずる。被害者に行為から請求権が生じ、その履行が行為から得られた財産的利益を除去し又はそれを減殺する場合は、その限りでない。

（２）収奪の命令は、引き出された利得に及ぶ。その命令は、正犯者または共犯者が獲得された物件の譲渡により又はその物件の破壊、損壊、又は没収の代価として、若しくは獲得せられた権利に基づいて取得した物件にも及ぶことができる。

（３）正犯者または共犯者が他人の為に行爲し、そしてそれによってその他人が財産的利益を得たときは、第一項、第二項による収奪の命令は、その者に向けられる。

（４）物件の収奪は、その行為により又はその他行為の事情を知りつつ財産的利益を得た第三者にその物件が属し又は帰属する場合にも、命じられる。

第２節 収奪における「財産的利益」の解釈

第１款 判例における「財産的利益」の解釈

収奪制度の施行後、利益没収の範囲についてリーディングケースとなったのは、連邦通常裁判所1979年⁽³⁴⁾ 3月28日決定（以下「1979年決定」という）である。1979年決定は、薬物取引により有罪判決を受けた被告人に対し、同取引によって得た300ドイツマルク（100ドイツマルク札 3枚）及び6,531ドイツマルクの収奪を命じた原审の判断を、「刑事部は、収奪処分が、違法な行為によって獲得された財産的利益を行為者から取り上げることにのみ役立つことを見誤っている。利益だけが剥奪されるべきである。それゆえ、獲得された収益から、被告人に発生した費用が控除されなければならない、被告人が供給者に支払った価格、さらには、当該取引によって被告人が負担する輸入売上税（Einfuhrumsatzsteuer）の価格が控除されなければならない」と判示して破棄した⁽³⁵⁾。1979年決定は、違法な財産的利益の取り上げという収奪の目的を根拠に、収奪の対象となるのは、犯罪によって獲得された総収益から当該収益を獲得する際に行為者に生じた費用を減じた純益のみであると判断している。

1979年決定はその後、1992年改正まで、犯罪の種類を問わず多くの判決に影響を及ぼした⁽³⁶⁾。例えば、連邦通常裁判所1981年⁽³⁷⁾ 2月20日判決は、利益収受及び収賄で獲得された賄賂の収奪につき、「収奪命令は、財産的利益、つまり、行為者の手元にある利益の剥奪に役立つ。しかし、利益は、賄賂の価値に一致した物より少なくなることもある。このことは、所得税法22条3号により、賄賂にはその他の給付（sonstige Leistung）として所得税が課せられることによる。したがって、賄賂のうち、所得税の控除後に残る部分のみが収奪され得る⁽³⁸⁾」と判断し、賄賂に掛かる所得税も控除の対象に含めている。もっとも、連邦通常裁判所1981年12月18日判決⁽³⁹⁾は、薬物犯罪の総収益から輸入売上税が控除される場合とは異なり、所得税は年間で獲得された総所

得と関係するものであって個別に得られた収入と直接関係しているわけではないため、賄賂に掛かる所得税は利益を直接減少させているわけではないと⁽⁴⁰⁾し、収奪において賄賂に掛かる所得税は控除されないと判断した。ここでは、純益の算定は、犯罪との間に「直接的な」因果関係のある範囲で行われなければならないと解釈され、控除を認めていた連邦通常裁判所1981年2月20日判決は明示的に変更された。また、連邦通常裁判所1984年9月12日判決⁽⁴²⁾では、公務担当者が職務遂行の反対給付として財産的利益を恐喝した事案につき、被恐喝者の損害賠償請求は、賄賂の収奪の金額から控除すべきではないと判断された。被恐喝者の損害賠償請求は賄賂の金額を直接減少させているわけではないため、ここでも、純益の算定において、犯罪との間に「直接的な」因果関係が要求されている。収奪において考慮される出費が利得を直接減少させるものに限られる理由は、次のように考えられる。すなわち、収奪においては、犯罪によって行為者が実際にどれだけ利得したかが問題とされているため、当該犯罪によって得られた個別的な財産を減少させる出費は考慮されるが、所得税などの当該犯罪とは無関係に生じる出費は、行為者の一般財産を減少させるものであるため、考慮されないのである。

その後の連邦通常裁判所の判例においても、行為者が獲得した収益から、収益を減少させるあらゆる費用が控除されなければならないと判断されてお⁽⁴³⁾り、具体的には薬物の仕入れ価格の他、旅費、送料、税金などが挙げられる。行為者が獲得した純益のみを取り上げる一連の判例の背後には、ドイツ⁽⁴⁴⁾刑法全面改正において現れた、制裁に対する実質的な理解が存在すると思われる。すなわち、利益の獲得とは無関係に行為者の権利状態を悪化させる刑罰とは異なり、利益没収は不当な利益の取り上げにより、行為者の財産状態を利益獲得前の状態に戻すことを目的としている。⁽⁴⁶⁾判例は、こうした収奪と刑罰との法的性質の違いから、利潤のみを収奪の対象とすることで行為者の財産状態を悪化させる事態を避けたものと思われる。

第２款 学界の反応

１ *Albin Eser* の見解

収奪制度の立法に伴い、収奪の法的性質及び収奪によって取り上げるべき利益の範囲に関する議論がドイツ刑法学において活発となるが、収奪制度の立法以前から主張されたものとして、*Albin Eser* の見解が挙げられる。

Eser は、1969年に上梓した『所有権に対する刑法上の制裁（Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum⁽⁴⁷⁾）』において、取り上げの対象となる財産の性質に応じて、収奪の法的性質を区別した。すなわち、犯罪の対価として得た報酬の収奪においては、報酬の取り上げによって主刑の効果を高めることが主な目的であるため、報酬の収奪に関して刑罰的性質を認める⁽⁴⁸⁾。報酬の収奪が適用される犯罪については、行為者の有責性が必要であり、⁽⁴⁹⁾少なくとも過失が要求される。⁽⁵⁰⁾他方で、窃盗や詐欺によって得た赃物、狩猟によって得た獲物などの、犯罪によって得た利益の収奪においては、社会倫理上の非難ではなく、他人の損失によって得られた利益の清算のみが問題となるため、利益の収奪に関して不当利得返還に類似する清算処分の性質を認める⁽⁵¹⁾。利益の収奪が適用される犯罪については、利益の清算処分という性質から行為者の有責性までは要求されず、行為者の過失の有無も問題にならないとする。⁽⁵²⁾そこから *Eser* は、没収が、主刑の抑止又は特別予防効果の強化を目的とするのであれば刑罰的性質を有し、物それ自体から生じる危険に対する予防を目的とするのであれば保安処分的性質を有し、行為者が不当に得た利益の賠償を目的とするのであれば不当利得返還類似の清算処分を有する、と制裁の目的に応じて没収の法的性質を区別した。⁽⁵³⁾

収奪によって取り上げるべき利益の範囲については、報酬と利益とで *Eser* の説明が異なる。報酬の収奪につき *Eser* は、行為者が実際に得たものだけが収奪可能としたうえで、行為者が犯罪によってどれだけ利益を得たかは問題ではないとする。⁽⁵⁴⁾こうした記述からは、*Eser* は、報酬の収奪においては、連邦通常裁判所の判例とは異なり総収益からの費用の控除を認めないよ

うに思われる。しかし *Eser* は、賄賂の収奪において、收受した賄賂が返還された場合を考慮すべきかという問題につき、賄賂の収奪について定めた当時の規定である刑法335条では、汚れた対象物の除去 (die Ausmerzung des bemakelten Gegenstandes) ではなく、実際の犯罪の利益の取り上げのみが問題となるとし、賄賂が返還された場合を考慮すべきとしているため⁽⁵⁵⁾、費用の控除に関する *Eser* の態度は不明確である。他方、利益の収奪につき *Eser* は、利益又は超過収益として行為者に実際に帰属したものだけが収奪可能としているため⁽⁵⁶⁾、利益の収奪においては連邦通常裁判所の判例と同様、純益の収奪にとどめるような説明をしている。

もっとも *Eser* は報酬と利益の区別を厳格に維持したわけではなかった。*Eser* は、報酬の没収と同様、主刑と同時に行為による利益の没収を行うことは、行為者に対する主刑の効果を強化すると主張し、利益の収奪が不法の清算に役立つことも認めているため、有責性を要件としなかった点について十分に論証したわけではなかった。⁽⁵⁷⁾

2 収奪制度の立法以降の展開

収奪制度の立法後、利益と報酬とで収奪の法的性質を区別する構成が採れなくなった *Eser* は、違法な利得の取消しが収奪において決定的であると⁽⁵⁸⁾し、収奪を、固有の性質を有する不当利得返還類似の清算処分と位置づけた。収奪によって取り上げるべき利益の範囲については、行為者又は第三者に利益として帰属したものが収奪の対象とされているため、行為者が獲得した純益のみを収奪の対象とする。⁽⁵⁹⁾ *Eser* のように、収奪が違法な利得の取消しのみを目的としているのであれば、行為者が実際に利得した分だけが収奪の対象となり、行為者に生じた出費の控除が理論的に必要不可欠であると解された。⁽⁶⁰⁾ 収奪の法的性質を利得の清算処分と解する *Eser* の見解は、純益主義を正当化する基礎となった。また、純益のみを収奪の対象とする理解は、ドイツ民法における不当利得規定の原理と合致していた。すなわち、ドイツ民法818条以下に規定される不当利得の基本思想は、法的に正当化できない

財産の移動を調整し平均化することであり、受益者の返還義務は原則として、その者が客観的に利得したものの以上に及ぶものでない⁽⁶¹⁾と解されていた。判例においても、利得したものに費用を支出している場合など、受益者が利得とともに損失を被っている場合は、その利得額から損失を差し引いた額の⁽⁶²⁾返還義務が定められていた。

こうした学説及び判例の状況から、収奪の法的性質を不当利得返還類似の清算処分と位置づけ、そこから行為者が獲得した純益のみを取り上げの対象とするいわゆる純益主義（Nettoprinzip）がドイツ刑法学において広く受け入れられるようになり、以降、1992年にドイツ刑法が改正されるまで支配的⁽⁶³⁾見解となった。

第3節 小 括

以上、本章では、1975年の改正から1992年改正以前までの議論を概観した。ここでは、収奪の法的性質から演繹的に収奪によって取り上げるべき利益の範囲を析出する見解が支配的となった点が、利益没収に関する議論の特徴として挙げられよう。すなわち、判例及び学説において、収奪の法的性質は違法な利益の清算処分であり、害悪付加である刑罰とは完全に区別されて理解されていたため、収奪と刑罰との法的性質の違いに鑑み、収奪では行為者が実際に利得した分、すなわち純益のみが対象とされていたのである。

以上を踏まえて、次章では、1992年改正以降の議論の展開を追い、収奪の法的性質とその範囲が改正を経てどのように変化していったかを明らかにしていく。

第2章 利益没収制度の転換期

第1節 1992年改正の背景

第1款 薬物犯罪及び組織的犯罪の台頭

収奪制度は、とりわけ薬物犯罪及び組織的犯罪の増加をきっかけに、1992

年に改正されることとなる。⁽⁶⁴⁾当時のドイツにおいては、刑事政策上の尽力にも関わらず薬物取引が蔓延し、薬物犯罪の件数や押収される薬物の数量は増加の一途をたどっていた。⁽⁶⁵⁾また、組織的な形態の犯罪も増加し、とりわけ、⁽⁶⁶⁾麻薬・武器取引、環境犯罪及び経済犯罪の領域では、それらの罪による利幅が10億ドイツマルクを超えており、犯罪によって得られた利益が組織的犯罪の原動力となっていることが問題視された。⁽⁶⁷⁾さらに、薬物犯罪及び組織的犯罪によって蓄えられた利益が、別の犯罪を遂行するために再投資され、それを通じて犯罪組織及びそのネットワークが拡充されていることも指摘された。⁽⁶⁸⁾ところが、例えば、伝統的な捜査方法では、秘密裏にされている犯罪者集団の構造を十分に解明できないなど、⁽⁶⁹⁾現行の法制度では組織的犯罪に対抗するために十分ではないという意見が、政治、司法などの各方面から強く主張されていた。⁽⁷⁰⁾

これらの事情から、犯罪について「儲かる」というイメージが付き、刑事法学及び刑事実務において長らく一致してきた「犯罪は儲かるものであってはならない」という理解が崩れる事態が発生した。⁽⁷¹⁾それゆえ、犯罪による利益に関する議論が、1980年代半ばに再び政治的・社会的議論の的となり、⁽⁷²⁾利益没収の刑事政策的重要性が一段と高まった。

第2款 収奪制度の問題点

1 収奪制度の運用状況

ドイツにおいては1975年に収奪制度が立法されたにもかかわらず、刑事実務において収奪がほとんど適用されない結果、収奪制度は「放置された刑事規定 (vernachlässigte Strafvorschrift)」や「影のような存在 (Schattendasein)」などと揶揄された。⁽⁷³⁾例えば、西ベルリンを含めた旧西ドイツ領における収奪命令の件数の統計(図1)、バーデン・ヴュルテンベルクにおける収奪命令の件数の統計(図2)、1975年から1979年までに旧西ドイツ領において処理された各種犯罪類型の有罪判決の件数と収奪命令の件数の比較(図

3）は、1975年に収奪制度が刑法典に導入されて以来、ほとんど使用されて⁽⁷⁴⁾いないことを示している。

（図１）西ベルリンを含む旧西ドイツ領における収奪命令の件数

	収奪命令の件数	有罪判決の件数
1975年	92件	約700,000件
1976年	70件	約750,000件
1977年	85件	約780,000件
1978年	121件	約800,000件
1979年	110件	約790,000件

（図２）バーデン・ヴュルテンベルクにおける年間およそ120,000件の有罪判決に対する収奪命令の件数

	収奪命令の件数
1975年	15件
1976年	19件
1977年	21件
1978年	11件
1979年	16件
1980年	22件

（図３）1975年から1979年までに旧西ドイツ領において処理された各種犯罪類型の有罪判決の件数と収奪命令の件数の比較

各種犯罪類型	収奪命令の件数	有罪判決の件数
国家及び公の秩序に対する罪	44件	約105,000件
性的自己決定に対する罪	28件	約40,000件
その他人格に対する罪	14件	約365,000件
窃盗及び横領	51件	約730,000件
強盗及び恐喝	6件	約25,000件
その他の財産犯	57件	40,000件
道路交通における罪	16件	1,710,000件
その他の犯罪	262件	390,000件

また、1987年には237件と、有罪判決の件数のうち約0.04%しか収奪が命じられていない事実も指摘された。⁽⁷⁵⁾ 収奪制度が当時有効に活用されていなかった理由は、とりわけ以下の理由が挙げられる。

2 被害者の請求権による収奪命令の制限

収奪制度が活用されなかった主な原因として、行為者が犯罪によって獲得した利益に収奪が命じられるのは、当該利益に対して被害者の返還ないし賠償請求権が存在しない場合に制限されるという点が挙げられる(刑法旧73条1項2文)。⁽⁷⁶⁾ 被害者の請求権に対する収奪の補充性は、窃盗や詐欺などの財産犯によって獲得された利益が、収奪によっては決して取り上げられないことにつながる。⁽⁷⁷⁾ 被害者の請求権の行使が事実上見込まれない場合、例えば、請求権を有する被害者をもはや見つけ出し得ない場合であっても、被害者の請求権が単に民法上存在するだけで、収奪は制限されなければならない。⁽⁷⁸⁾ 刑法旧73条1項2文は、収奪の埋葬人(Totengräber des Verfalls)と呼ばれ、個人的法益を保護する規定においては収奪がほとんど命じられない事態が生じた。⁽⁸⁰⁾ 実際、収奪の適用範囲は公の法益に対する犯罪に限定され、収奪が言い渡された事例の半数以上が麻薬法(Betäubungsmittelgesetz)違反であった。⁽⁸¹⁾

こうした不都合は、手続法上の制度である原状回復のための取り戻し援助(Rückgewinnungshilfe)により対応された。すなわち、刑法旧73条1項2文により実体法上は収奪が不能であっても、ドイツ刑事訴訟法旧111条bにより捜査段階での押収が可能であった。⁽⁸²⁾ こうした手続法上の押収(Sicherstellung)は、2006年10月24日に成立した「取戻し援助及び犯罪行為の財産はく奪の強化のための法律[Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten]」によりさらに拡充された。当該改正により、獲得された利益について被害者の請求権が生じる場合であっても、判決の確定から3年間の間に被害者が請求権を行使しない場合には、当該利益が国庫に帰属す得るという受け皿的権

利取得（Auffangrechtserwerb）の制度が導入された。

3 特別刑法における非刑事罰化と秩序違反法による処罰

刑法旧73条1項2文によって、収奪の適用範囲は、被害者の請求権との競合が生じない補助金詐欺、破産犯罪、脱税などの特別刑法（Nebenstrafrecht）における犯罪に限定されることとなるが、麻薬法を除く各種特別刑法違反⁽⁸⁴⁾においても、収奪はほとんど適用されなかった。その原因として、特別刑法における非刑事罰化（Entkriminalisierung）と秩序違反法（Ordnungswidrigkeitenrecht）による処罰の拡大が指摘される⁽⁸⁵⁾。すなわち、経済刑法（Wirtschaftsstrafgesetz）の他、穀物法（Getreidegesetz）⁽⁸⁶⁾、畜産及び食肉法（Viehund Fleischgesetz）⁽⁸⁷⁾、ワイン産業法（Weinwirtschaftsgesetz）⁽⁸⁸⁾、対外経済法（Außenwirtschaftsgesetz）⁽⁸⁹⁾などの特別刑法において、多数の犯罪行為が秩序違反行為へと新たに位置づけられ、秩序違反行為によって獲得された利益は、収奪ではなく過料（Geldbuße）⁽⁹⁰⁾によって取り上げられることとなった。特別刑法における非刑事罰化と秩序違反法による処罰の拡大によって、収奪はその適用範囲をさらに狭められた。

4 違法な行為と利益との間の結びつき

他方で、収奪が唯一活用されていた薬物犯罪の領域においても、収奪が言い渡された件数は、薬物犯罪の有罪判決の件数に比して、圧倒的に少ない。1987年の各種薬物犯罪の有罪判決の件数と収奪命令の件数の統計によれば、例えば、麻薬輸入罪による有罪判決の件数が579件であるのに対し、同様の罪で言い渡された収奪の件数は40件しかなく、その他の薬物犯罪の有罪判決を含めても、収奪が言い渡された件数は全体の約8%にとどまる⁽⁹³⁾。薬物犯罪においても収奪制度が有効に活用されない理由は、検察官が、犯罪によって獲得された利益につき、当該利益が審判対象となっている具体的な犯罪行為を出処としていることを証明しなければならない点に求められるだろう。例えば、先に見た1979年決定は、収奪されるべき財産的利益は、起訴に含まれかつ事実審裁判官によって認定された犯罪によって獲得されたものに限ら⁽⁹⁴⁾

れると判示している。⁽⁹⁵⁾この要件により、行為者の獲得した利益を収奪するためには、当該利益の出処を明らかにする必要が生じるが、その証明は困難であった。⁽⁹⁶⁾連邦議会報告書(Drucksachen des Deutschen Bundestags)によれば、利益の出処の証明が困難な場合として、薬物取引による罪ですでに処罰されている売人の下で、少量の麻薬及び多額の金銭が発見された事例が挙げられる。⁽⁹⁷⁾そこでは、当該金銭は、被告人の所得関係等その他の事情から、おそらく違法な薬物取引を出処としていと考えられているが、審判対象となっていた薬物取引と審判対象ではない推定上の薬物取引のどちらを出処しているのかの証明ができないため、結局、当該金銭を収奪することができないと説明される。⁽⁹⁸⁾

5 純益主義の適用

収奪が活用されなかった更なる原因として、判例及び学説において支持されてきた純益主義の適用を挙げることができる。⁽⁹⁹⁾前章でも述べたように、刑法旧73条以下に規定されている「財産的利益」という概念は、行為者の手元に残されている純益を指すと考えられ、判例においては、必要経費、費用、口止め料、売上税など行為者が獲得した総収益を減少させるあらゆる出費が控除されていた。⁽¹⁰⁰⁾しかし、純益の証明のために行為者がなした出費を全て捜査し、裁判で証明することは困難であったため、純益を証明せずに、刑事手続きを収奪以外の他の法効果へと限定する流れが生じた。⁽¹⁰¹⁾当時のドイツ刑事訴訟法430条1項及び442条1項によれば、収奪が、言い渡すべき刑又は改善保安処分に比して重要でない場合、収奪に関する手続きが不相当な費用を要する場合、収奪が、犯罪に対する他の法効果に関する裁判の実現を著しく困難にする場合は、裁判所は、検察官の同意を得て訴追を収奪以外の法効果に限定することができた。⁽¹⁰²⁾⁽¹⁰³⁾

第2節 1992年改正の内容

第1款 拡大収奪と総額主義の導入

収奪制度の問題点のうち、違法な行為と利益との間の結びつき及び純益主義の適用の問題については、それぞれ、「違法な麻薬取引及び組織的犯罪その他の現象形態の防止のための法律」⁽¹⁰⁴⁾ [Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität] 及び「対外経済法、刑法典その他の法律の一部改正法」⁽¹⁰⁵⁾ [Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze] により対応された。

前者の法律では、刑法典に旧73条 d の拡大収奪 (Erweiterter Verfall) が導入された。これは、同条の適用を指示する法律に定める違法行為が行われた場合、出処が不明な利益について、諸事情から当該利益が違法な行為のために又はそれから得られたと推測することが正当化される場合、当該利益を収奪するものであった。⁽¹⁰⁶⁾ 拡大収奪は、薬物犯罪にのみ適用される、麻薬法における特別規定として立法されていたが、収奪制度の統一的な発展と同制度の細分化を防ぐために、刑法典の総則規定として導入されることとなり、⁽¹⁰⁷⁾ 拡大収奪の適用範囲も、薬物犯罪を含めた収益性の高い組織的犯罪の一群にまで拡大された。⁽¹⁰⁸⁾

後者の法律では、判例及び学説において妥当していた純益主義から、総額の剥奪を意味する、いわゆる総額主義 (Bruttoprinzip) への転換が実施された。⁽¹⁰⁹⁾ すなわち、刑法旧73条以下で収奪の対象とされていた「財産的利益」を、「もの」(etwas) に置き換え、行為者が犯罪によって獲得した利益の総体を収奪によって取り上げる旨を規定した。⁽¹¹⁰⁾ 総額主義への移行は、先述の純益の証明の困難性のほか、拡大収奪との適用の整合性も根拠としている。すなわち、従来の判例及び学説が純益主義を基準としていたのに対し、立法過程で提案された拡大収奪は総額主義を基準としていたため、適用範囲の整合性から、通常の収奪においても総額主義を採用することが決定された。⁽¹¹¹⁾

第2款 改正後の状況

1992年改正後の収奪及び拡大収奪の条文は、以下の⁽¹¹²⁾ように定められた。条文の変更箇所については、下線を記した。

第73条（収奪の要件）

（１）違法な行為が行われ、正犯又は共犯が、その行為のために又はその行為から得たものがあるときは、裁判所は、その収奪を命じる。ただし、違法な行為から被害者に請求権が生じ、その履行により行為から得られたものが正犯又は共犯から取り上げられるときは、この限りでない。

（２）収奪命令は、派生する収益に及ぶ。収奪命令は、得られた対象物の譲渡により、又は、物の破壊、損壊、又は没収の代価として、若しくは、得られた権利に基づいて、正犯又は共犯が取得した物に及ぶこともできる。

（３）正犯又は共犯が、他の者のために行為を行い、それにより、その者が何らかのものを得たときは、第１項及び第２項に定める収奪命令は、その者に向けられる。

（４）物が、行為のために、又は、その他、行為の事情を知りつつ、それを与えた第三者に属し、又は、その者に権限があるときも、物の収奪は命じられる。

第73条 d（拡大収奪）

（１）本条の適用を指示する法律に定める違法な行為が行われたとき、諸事情から、違法な行為のために又はそれから、物が得られたということを認めることが正当化される場合も、裁判所は、正犯又は共犯の物の収奪を命じる。物が、違法な行為のために又はそれから得られたという理由のみにより、正犯又は共犯に属さない又はその者に権限がないときも、第１文を適用するものとする。第73条第２項が準用される。

（２）行為後に、特定の物の収奪の全部又は一部が不可能となったときは、その限りで、第73条 a 及び第73条 b が準用される。

（３）正犯又は共犯が、命令の前に行った別の違法な行為を理由として、第１項に定める命令の後に、新たに正犯又は共犯の物の収奪について決定されるときは、裁判所は、既に行われた命令を考慮する。

（４）第73条cが準用される。

1992年に収奪制度が改正された後、裁判実務における収奪及び拡大収奪の適用件数は、軽微ではあるが増加した⁽¹¹³⁾。その後、2012年には、2,095件の刑事事件及び121件の少年事件において収奪・拡大収奪が命じられている⁽¹¹⁴⁾。

第３節 収奪の法的性質論

第１款 通説

1992年改正以前は、違法な利得の清算処分という収奪の法的性質の観点から、行為者が獲得した純益のみが収奪の対象とされてきたが、総額主義の導入により、収奪の法的性質について活発に議論がなされるようになった。

通説は、総額主義への移行により、収奪の法的性質は不当利得返還類似の清算処分から刑罰又は刑罰類似処分へと変更されたという理解を基礎とする。すなわち、総額主義によれば、利益を獲得するために行行為者に生じた費用が控除されないため、結果として行為者が犯罪によって実際に利得した以上の物が収奪される。そのため、総額の収奪は利得の清算を超えた害悪付加であり、刑罰的な性質を有すると解された⁽¹¹⁵⁾。

収奪制度は命令の対象者の有責性を要件としていないため、違法に行行為したに過ぎない者や犯罪に関与していない第三者に対しても総額の収奪が命じられ得る。しかし、有責性を欠く者に対する刑罰、すなわち総額の収奪は責任主義違反であるため、学説においてはその解決方法がいくつか主張された。例えば、総額の収奪を認めたくえて、その適用対象を区別する見解は、刑法上の有責性が認められる者に対してのみ、刑罰として総額の収奪を言い渡し、有責性が認められない者に対しては、清算処分として純益の収奪を言

⁽¹¹⁶⁾い渡す。また、純益を超えた部分の収奪は、自由刑や罰金刑の量定において、行為者に有利な方向で考慮されるべきとする。また、対象者の経済的状況に⁽¹¹⁷⁾応じて収奪を制限する刑法旧73条cの過酷条項を適用する見解もみられる。⁽¹¹⁸⁾

他方、刑罰とそれ以外の処分の法的性質を明確に区別し、純益の収奪しか認めない見解も存在する。この見解によれば、収奪は、犯罪による利益の取り上げによって、行為者を犯罪以前の財産状態へと回復する(Wiederherstellung)ことを目的とする原状回復処分と理解され、犯罪以前の財産状態をさらに悪化させる刑罰とは目的の点で区別されるとする。⁽¹¹⁹⁾また、純益を超えた部分の収奪を量刑において考慮する点については、量刑を不必要に複雑かつ困難にするものであり、改正の目的であった収奪規定の適用の簡易化と効率化に反するとして、総額の収奪を一律に否定する。⁽¹²⁰⁾

こうして収奪の適用については種々の見解が主張されるに至ったが、いずれの学説も、収奪の目的はあくまでも違法な利得の取り上げにあり、その性質上、純益の収奪が原則であるという収奪の法的性質の理解を基礎に置いていることが看取できる。

第2款 判例の見解

総額主義によって収奪の法的性質が変更されたと主張する学説に対して、連邦通常裁判所の判例は、総額主義の導入後も、収奪の法的性質は変わらず独自の性質の処分と理解した。薬物犯罪において、拡大収奪によって被告人に生じた財産の損失を量刑上考慮するかという問題について判断した連邦通常裁判所1995年3月1日判決は、収奪の対象が純益から総額へと変更されたと⁽¹²¹⁾しても、利益の剥奪及び違法な財産の移動の清算という収奪の元々の目的及び法的性質は、変更されていないと判断した。⁽¹²²⁾また、総額の収奪は刑罰であり、責任原理の観点から調整されなければならないとする見解には従えないとした。その理由として、多くの犯罪類型において、典型的には行為者にそれほどの出費が生じない点のほか、刑法旧74条以下の、犯罪行為の遂行又は

予備のために用いられた物の没収（Einziehung）と収奪との区別を挙げている。すなわち、同判決は、犯罪のための出費は、犯罪行為の遂行又は予備のために用いられた物として、刑法旧74条の没収によって取り上げられる一方で、薬物犯罪による収益は刑法旧73条の収奪によって取り上げられるため、総額の収奪によって、行為者は刑事訴追を受ける以前の適切な状態に戻されるだけであり、行為者の出費分の損失を量刑上考慮することは、責任の清算を目指した量刑と両立し得ないと説明した。⁽¹²³⁾

また、連邦通常裁判所2002年8月21日判決は、収奪の法的性質が変更されていないことを前提に、犯罪予防の観点から総額の収奪を正当化する。すなわち、総額の収奪は、犯罪への出費が無意味となることを通じて、利益を志向する犯罪を防止する予防目的を追求するものである。犯罪によって得られた利益のうち純益しか収奪されないのであれば、犯罪の遂行に関する経済的なリスクがない（risikolos）ため、収奪の対象者に可罰的な取引のリスクを負わせるという立法者が念頭に置いた予防目的と矛盾する。⁽¹²⁵⁾同判決の判旨は、収奪によって利得を得るところか経済的に損をするリスクを潜在的な行為者に突き付ける、いわゆる威嚇による予防を念頭に置いたものと言える。

もっとも、学説においては、実証的な観点から総額の収奪が持つ威嚇による予防について疑いの目が向けられている。*Jürgen Rüdiger Smettan*による調査研究である『利益、リスク、刑罰、及び道徳への従属性における犯罪的な利得（Kriminelle Bereicherung in Abhängigkeit von Gewinnen, Risiken, Strafen und Moral）』は、犯罪によって得られた利益が収奪されるリスクは、犯罪が発覚して刑罰を受けるリスクと比較して、犯罪者に対する抑止効果が認められないとする。⁽¹²⁶⁾行為者は、その者が犯罪以前に所持していない利益を将来的に失うリスクを考慮しないため、利益に対するインセンティブを奪うことで犯罪を予防するためには、犯罪が行われる以前に、薬物等の市場を枯渇させるなどして、そもそもの利益が生じる可能性を減少させることが効果的であると説明する。⁽¹²⁸⁾*Walter Perron*も、*Smettan*による研

究を取り上げたうえで、収奪等の利益を取り上げる制裁は、利益が生じた後で初めて命じられるため、潜在的な行為者に対する威嚇としてはほとんど機能しないと主張する。⁽¹²⁹⁾

第4節 小 括

ここまで、1992年改正以降における判例及び学説の議論を概観した。判例及び学説において支持されてきた純益主義は、純益の証明の困難性により、収奪制度が刑事実務においてほとんど活用されない要因の一つとなった。そのため、行為者が犯罪によって獲得した利益の総体を取り上げる総額主義が導入されたが、総額主義の導入によって、収奪の法的性質に関する理解が、学説と判例とで分裂した。すなわち、学説は、総額の収奪によって行為者が犯罪によって実際に利得した以上の物が取り上げられるため、収奪の法的性質を刑罰又は刑罰類似処分と解した一方で、判例は、収奪の目的及び法的性質は、総額主義の導入後も変更されていないと判断した。

第3章 利益没収制度の新たな展開

1992年改正以降、判例においては、違法な行為のために又は当該行為から得たものは、費用等の支出を控除せずに全てを収奪する点に争いはなかった。ところが、近時の連邦通常裁判所、上級ラント裁判所及びラント裁判所の判例においては、何が「得たもの」とされるべきかについて頻繁に争われており、その解釈も、刑事部や各裁判所によって異なっていた。⁽¹³⁰⁾とりわけ、行為から得た(aus der Tat)ものの解釈が問題となった。「行為から得たもの」とは、行為経過のいずれかの段階で、構成要件実現から直接に得た財産的価値を指すものとされていたが、これを制限的に解釈する判例が多数現れてきた。⁽¹³¹⁾それゆえ、「行為から得たもの」においては、得たものの特定(die Bestimmung des erlangten Etwas)につき、判例の間で不統一な解釈がなされた。以下では、連邦通常裁判所の各刑事部の判例を概観し、それぞれの

判例が得たものの特定についていかなる解釈を加えてきたかを分析する。

第1節 判例における「行為から得たもの」の解釈の相違

第1款 判例における総額主義の理解

「得たものの特定」の問題を検討する前に、判例における総額主義の理解を今一度確認しておきたい。1992年改正後に収奪に関して判断した最初の連邦通常裁判所の判例である、連邦通常裁判所1993年11月19日判決⁽¹³²⁾は、総額主義への移行によって、行為者が犯罪行為のために又はその行為から得たものは、その全てが出費を控除することなく収奪されることを確認し、薬物取引において生じた薬物の仕入れ価格、輸送費、配送費を控除することなく、薬物の売却収益の総額を収奪した。ここでは、総額主義の定義のみが確認されており、何が「得たもの」とされるかについては判断されていない。「得たものの特定」の問題は、第1刑事部と、第5刑事部及び第3刑事部との間で生じた⁽¹³³⁾。

第2款 各刑事部による「得たもの」の解釈

1 論争の起点

ここでは、各刑事部の判例を時系列順に概観し、「得たものの特定」の問題につき判例がどのように展開してきたかを整理する。

起点となった判例は、第5刑事部の連邦通常裁判所2002年3月21日判決⁽¹³⁴⁾である。事実関係は、大要次の通りである。不動産取引業者であった被告人は、市の建築計画及び建築許可手続きを自身に有利に変更するために、建設局の責任者（Bauamtsleiter）であった相被告人Sに対し贈賄した。この贈賄によって被告人は地区詳細計画（Bebauungsplan）の変更に成功し、当該計画により建築予定地に決定された被告人所有の土地は、その価格を増加させた。被告人は当該土地の売却により、総額1300万ドイツマルクを獲得した。

原審は、土地の売却の総収益から、諸経費を含めた当該土地の購入費を控除し、結果として650万ドイツマルクを収奪した。検察官は収奪について上告したが、連邦通常裁判所第5刑事部（以下「第5刑事部」とする）はこれを退け、行為と利益との間の関係性から、原審の判断を維持した。すなわち、第5刑事部は、「基準となるのは、行為者が行為によって得た利益の経済的価値の特定である。剥奪は、行為者が行為から得た財産的利益と鏡像のように一致していなければならない。このことは、行為と利益との間の直接的な因果連関を前提とする。その際、法律上の規定は、行為者が行為から獲得した本来の『もの』と、(旧73条) 2項の規定によって同様に収奪に服する間接的な行為の利益（使用利益、代償物）とを区別する。この法律上の体系は、(旧73条) 1項においては直接的な行為の利益が、2項においては行為を起点とする間接的な財産の増加が考慮されるという帰結を想起させる」と判示した。⁽¹³⁵⁾

こうした行為と利益との間の直接的な関係性を前提に、第5刑事部は、本件で行為者が贈賄から直接獲得したものにつき、被告人は贈賄を通じて地区詳細計画を変更させることに成功し、これによって投機的に獲得された土地に関して利益の見込みが決定的に高められたため、行為者が得た利益は、安く買って高く売るといふ、いわゆる投機の利益(Spekulationsgewinn)が実現する見込みに存在すると判断した。この投機の利益は、土地の売却価格から土地の購入価格、土地取得税、及び公証人についての費用を控除することで算出されているが、第5刑事部は、こうした帰結は総額主義と矛盾しないとする。すなわち、総額主義は、獲得された経済的な利益が費用を控除することなく収奪されることを意味するが、その利益がいかなるものであるか、つまり「得たものの特定」に関しては考慮され得ない。「得たもの」が特定されて初めて、その総額の収奪が問題となることから、第5刑事部は、「得たものの特定」は、総額主義の適用場面に理論的に前置されると説明する。⁽¹³⁸⁾

他方、先に見た第 1 刑事部の連邦通常裁判所2002年 8 月21日判決⁽¹³⁹⁾においては、上記第 5 刑事部の判決のような手法は採られていない。事案としては、製紙工場に勤めていた被告人らが、通商禁止（Embargo）に違反してたばこ巻紙をセルビアの商社に卸し、通商禁止が終了するまで約791万ドイツマルクの収益を上げ、対外経済法34条 4 項違反により当該収益の収奪が問題となったものである。連邦通常裁判所第 1 刑事部（以下「第 1 刑事部」とする）は、上記第 5 刑事部の判決には特段の言及をせずに、売却収益の総額を収奪した。ここでは、通商禁止の違反によって行為者が何を得たかが特定されることなく、たばこ巻紙の売却収益の総額が収奪されている。

2 第 5 刑事部の基準

第 5 刑事部は、「得たものの特定」について第 1 刑事部と異なる解釈を採っているにもかかわらず、ケルンのゴミ事件（Kölner Müllskandal）と呼ばれる連邦通常裁判所2005年12月 2 日判決⁽¹⁴⁰⁾（以下「ケルンのゴミ事件」という）においても、その姿勢を崩さなかった。事実関係は、大要次の通りである。ケルン市営の廃棄物利用会社（Abfallverwertungsgesellschaft）が、廃棄物焼却場の建設工事契約の入札を行った際、被告人が役員を務める会社と当該廃棄物利用会社との間で、建設工事の受注と引き換えに工事注文の金額の 3 % の賄賂を支払うという取り決めがなされた。これによって入札が操作され、被告人の会社が建設工事を受注し、結果として被告人は 7 億9200万ドイツマルクの請負代金を受け取った。

第 5 刑事部は、先の連邦通常裁判所2002年 3 月21日判決でも述べられた、行為と利益との間の直接的な関係性及び「得たものの特定」と総額主義の理論的な先後関係に言及したうえで、本件贈賄行為から得られたものは、工事の受注、すなわち廃棄物利用会社との契約締結という利益のみであり、これに対して工事注文の履行による利益、すなわち請負代金は、行為から直接獲得⁽¹⁴¹⁾されていないと判断した。最終的に収奪の対象となったのは、契約締結における工事注文の経済的価値であり、請負人によって予測された利幅など

の期待される利益に従って算定された。また、被告人によって支払われた賄賂の価格を控除することなくこの総額が収奪された。

第5刑事部はさらに、本件は先に見た第1刑事部の判例と以下の点で異なると説明する。すなわち、第5刑事部は、「刑法上咎められる (bemakelt) のは、工事注文を獲得する手段及び方法のみであり、注文の実行が咎められるわけではない。この点において、贈賄による工事注文の獲得の事例は、禁じられている薬物取引又は通商禁止違反の事例と区別される。それゆえそのような事例のみにおいて、取り決められた販売価格の総額を、刑法73条1項1文に意味での『得たもの』としてみなすことが正当化される」と説明し⁽¹⁴²⁾た。第5刑事部は、薬物売買のように取引それ自体が刑法上禁止されているか、工事注文の契約のように取引それ自体は禁止されていないが、贈賄による契約締結のように取引に至る手段が刑法上禁止されているかに、得たものの特定の基準を見出し、刑法上禁止されている行為から直接に得られたものを収奪の対象としていると言えよう。

3 第1刑事部による批判

第1刑事部は、ドイツ不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: 以下「ドイツ不競法」という) 違反が問題となった連邦通常裁判所2008年5月30日判決⁽¹⁴³⁾において、第5刑事部の解釈を批判した。事案としては、通信販売業を営んでいた被告人が、支払いができないことを認識しているにもかかわらず、小切手による金銭の支払いを約束した真実に反する内容のダイレクトメールを消費者へ送付したが、当該メールに商品カタログも同封して送付したため、これによって商品の売り上げを増加させたというものであり、当該ダイレクトメールの送付行為が、ドイツ不競法16条1項⁽¹⁴⁴⁾の不正な広告 (Unlautere Werbung) に該当するとして有罪判決が下った。

原審は、ダイレクトメールの送信によって受信者に商品を注文させることで、注文の機会を高めるという「競争の利益 (Wettbewerbsvorteil)」を本件行為から得られたものと解釈したが、第1刑事部はこれに対し、商品注文

の契約締結だけでなく、商品の売買契約においてなされた顧客の支払、すなわち商品の販売収益も本件行為から得られたものに含まれると判断した。その理由として第１刑事部は、債権行為（Verpflichtungsgeschäft）と履行行為（Erfüllungsgeschäft）⁽¹⁴⁵⁾とを区別する明確な理由がない点を挙げている。ここでは、何らかの物の売買契約が締結された場合、物の引き渡しの対価（本件では販売収益）を得ることが含意されているため、第１刑事部は契約の履行によって得られた利益も、行為から得たものに含めていると考えられる。

第１刑事部はさらに、ドイツ不競法の保護目的の観点から、本件の判断がケルンのゴミ事件における第５刑事部の判断と矛盾しないことを指摘する。すなわち、第１刑事部は、ドイツ不競法16条１項の保護目的を、消費者を、目的から外れておりかつ財産を損なう資金の投入（zweckverfehltem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz）から保護することに求め、資金の投入、すなわち商品の購入それ自体は、この意味において、刑法上中立なものと評価され得ないと判断した。加えて第１刑事部は、ケルンのゴミ事件で問題となった、取引交渉における贈収賄の保護目的についても言及し、当該構成要件は自由な市場競争のみを保護しているため、通常獲得され得る請負代金を超える余剰収益のみを、行為から得られたものとして評価することが正当化されると述べる。⁽¹⁴⁶⁾第１刑事部は、本件の判断は、第５刑事部によって提示された、取引それ自体と取引に至る手段とのどちらが刑法上禁止されているかという基準と一致するとしたうえで、さらに行為と利益との間の条件関係を指摘する。すなわち、本件では、商品カタログを同封した虚偽のダイレクトメールの送付がなければ、注文及びそれに応じた顧客の支払いには至らないが、ケルンのゴミ事件の場合は、汚職による入札の操作がなくても、被告人の会社に対する建設工事の受注がなされ、いずれにしても被告人に対して請負代金が支払われていたため、第１刑事部は、本件はケルンのゴミ事件とは異なる⁽¹⁴⁷⁾と説明する。⁽¹⁴⁸⁾

最後に第1刑事部は、第5刑事部によって挙げられた刑法的な咎め(Bemakelung)の基準が、契約の実行それ自体が可罰的でなければ、契約の実行によって得られた利益は収奪されないという意味で理解される場合、以下の問題が生じると指摘する。すなわち、欺罔によって締結された自動車購入の契約等の場合、自動車の価格を支払うという履行行為(契約の実行)それ自体は禁じられていないので、結果として、純益を超える原状回復のための取り戻し援助が排除される⁽¹⁴⁹⁾。また、第1刑事部は、第5刑事部は、債権行為の価値の算定が純益主義に従って行われ、履行行為の価値の算定が総額主義によってなされる理由を明らかにしていないと指摘する⁽¹⁵⁰⁾。

4 証券犯罪における対立

第5刑事部は、第1刑事部による批判を意に介さず、freenet事件と呼ばれるインサイダー取引の事案である連邦通常裁判所2010年1月27日決定⁽¹⁵¹⁾(以下「freenet事件」という)において自身の解釈を具体化し、「得たものの特定」に関するガイドラインを作り上げた。事案としては、情報通信の上場企業の取締役であった被告人は、第2四半期における自社の業績及び株価が下がり続けていることから、ストックオプションの行使後、適時開示(ad-hoc-Mitteilung)の公表前に大量の株式を売却した。被告人が適時開示において、第2四半期に企業の売上高及び収益が低下したことを公示した結果、被告人に企業の株価は13.21ユーロから9.95ユーロまで下がった。

原審は株式の売却収益の総額である70万ユーロの収奪を命じたが、第5刑事部は以下のような枠組みから原審の判断を否定した。すなわち、収奪の対象となる利益は、何に刑罰が科せられているか、つまり、いかなる行為が犯罪とされているかによって決められ、通商禁止違反や薬物取引等、取引それ自体が刑法上禁止されている場合は、そこから得られた総収益が収奪されるが、取引が行われる手段や方法が刑法上禁止されている場合は、これについて割り当てられている特別利益(der hierauf entfallende Sondervorteil)⁽¹⁵²⁾が、得たものとされる。さらに第5刑事部は、被告人が行為から直接得るも

のは、行為の無価値の内容を構成するもの、すなわち、情報を知らない市場参加者が被った価値の喪失を免れたという特別利益であると判断し、被告人が購入した株式それ自体は適法に獲得されているため、総額主義によっても⁽¹⁵³⁾収奪されないとした。また、第 5 刑事部は、構成要件該当行為との関係で生じる支出につき、得たものそれ自体を減少させることはできず、せいぜい旧 73 条 c の過酷条項によって考慮されるにとどまるとした。⁽¹⁵⁴⁾

これに対し第 1 刑事部は、通常裁判所 2010 年 6 月 29 日判決⁽¹⁵⁵⁾において、被告人が会社の売上及び収益の数値を改ざんしたうえで当該会社の株式を総額 7 億 6200 万ユーロで売却した事案において、欺罔、すなわち数値の改ざんによって得られた株式の売却収益の総額が収奪されるとした。⁽¹⁵⁶⁾また第 1 刑事部は、本件において生じた支出や反対給付を収奪において考慮することは、立法者の意思に反して再び純益主義へと回帰することを指摘する。⁽¹⁵⁷⁾

5 第 3 刑事部の基準

連邦通常裁判所第 3 刑事部（以下「第 3 刑事部」とする）も、得たものの特定の議論に加わった。第 3 刑事部は、連邦通常裁判所 2012 年 1 月 19 日判決⁽¹⁵⁸⁾において、第 5 刑事部に親和的な判断を行った。事案としては、狩猟及びスポーツ用銃器の輸出入を行っていた企業の経営者であった被告人が、官庁による輸出許可（Ausfuhrgenehmigung）を過失により得ることなく狩猟及びスポーツ用銃器を輸出し、収益を得たところ、過失による対外経済法違反で有罪判決を受けたものである。

第 3 刑事部は、freenet 事件において示された、いかなる行為が犯罪とされているかに焦点を当てる第 5 刑事部の基準に依拠しながら、刑法旧 73 条 1 項にいう「得たもの」とは、いわば鏡像のように行為から直接得られた財産を指すとしたうえで、違反された刑法規範の保護目的から取得されてはならない利益のみが収奪の対象となるとした。⁽¹⁵⁹⁾さらに第 3 刑事部は、対外経済法は、公共の福祉の観点から、海外との経済的な取引について、官庁による輸出許可を得ることを義務付けるものであることから、刑法規範の保護目的か

ら見れば、許可手続きを免れることで節約された費用のみが「得たもの」に該当する⁽¹⁶⁰⁾とした。

わが国の相場操縦に相当する、市場操縦(Marktmanipulation)の事案である連邦通常裁判所2013年11月27日判決においても、第3刑事部は同様の⁽¹⁶¹⁾枠組みから判断を行い、次のような理由から株式の売却収益の総額が収奪されるとした。すなわち、収奪の意義及び目的から、違反された刑法規範の保護目的から取得されてはならない利益のみが収奪の対象となるところ、契約の当事者同士が裏で結託して行う馴合い売買ないしは事前取決取引(matched orders bzw. prearranged trades)は、有価証券の相場の操作からの保護のために、ドイツ有価証券取引法(Wertpapierhandelsgesetz)によって取引それ自体が禁止⁽¹⁶²⁾されている。それゆえ、市場操縦の場合は、取引それ自体が刑法上禁止されているため、株式の売却収益の総額が収奪される。第3刑事部は、株式の売却行為それ自体が適法とされている点で、インサイダー取引と馴合い売買ないしは事前取決取引による市場操縦は異なる⁽¹⁶³⁾と指摘する。

6 第1刑事部の転換

第1刑事部は、これまでの姿勢とは対照的に、連邦通常裁判所2015年6月⁽¹⁶⁴⁾11日判決において、第5・3刑事部によって挙げられた基準に従って「得たものの特定」の判断を行った。事実関係は、大要次の通りである。ゲームセンターを営んでいた被告人は、La 株式会社から借りた電子マネー端末(EC-Cash-Terminals)を自身が経営するゲームセンター内に設置し、これによって利用者に対してゲームに必要な金銭を貸し出せるようにした。端末の利用者は、一定額の金銭の引き出しごとに、1ユーロの手数料を支払う必要があり、また、利用者が引き出した金銭の返済については、先の手数料込みで、被告人の会社とLa 株式会社の共同口座に振り込まれるようになっていた。これによって被告人は、利用者に貸し出した金銭の返済及び手数料の徴収⁽¹⁶⁵⁾を行い、総計で451,756ユーロを得た。被告人は、電子マネー端末を通じてゲームの利用料金を肩代わりしていたのであるが、こうした決済サービスの提

供（das Erbringen von Zahlungsdiensten）については、決済サービス監査法（Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz）によって官庁の許可を得なければならぬところ、これを得ずに行っていたため、同法違反を理由に有罪判決を受けた。

第 1 刑事部は、何が行為から得たものに当たるかは、刑事規定がその目的上いかなる行為を処罰しているかによって決せられるとしたうえで、決済サービス監査法においては、官庁による許可なく決済サービスが提供された場合、決済サービスの取り決め及び実行が処罰されているため、利用客の支払に始まり被告人の口座へと振り込まれた金銭の流れ、すなわち、金銭の返金及び手数料の徴収の総計である 451,756 ユーロが収奪され⁽¹⁶⁶⁾と判断した。

また第 1 刑事部は、第 3 刑事部によって判断された先の対外経済法違反の判決との違いを次のように説明する。すなわち、対外経済法によって禁止されている輸出の場合は、取引それ自体が許可できるものかどうかが重要であり、対外経済法違反の事案においては、官庁による取引の制御を回避することのみが処罰されている。これに対して、本件の場合は、法律上の要件を充足しない決済機関による決済サービスの提供自体が禁止されており、取引それ自体が禁止されていることから、決済サービスの提供による収益の総額が収奪される。

第 3 款 判例に対する批判

第 5・3 刑事部の見解は、以下の 3 つの点を理由に批判されている。第一に、得たものを特定したうえでその総額を取り上げるという段階的な手法は、総額主義の趣旨を没却するという批判である。例えば *Joachim Vogel* は、freenet 事件の評釈において、インサイダー取引の特別利益のみを収奪する第 5 刑事部の見解は、立法者が廃止した純益主義へと逆行しており、収奪の予防効果を没却⁽¹⁶⁷⁾すると批判する。この批判に対しては、「得たものの特定」と総額主義の理論的な先後関係を指摘できるほか、*Tim Gebauer* によ⁽¹⁶⁸⁾

って次のような反論がなされている。すなわち、薬物を100ユーロで取引している売人が、薬物の売却の際に、購入者から100ユーロ紙幣を受け取った場合と、200ユーロ紙幣を受け取り、お釣りとして100ユーロを返還した場合とで、「得たものの特定」を行わず総額主義をそのまま適用すれば、行為者の得た経済的利益は同一であるにもかかわらず、事例間で不公正が生じる。⁽¹⁶⁹⁾

第5・3刑事部の見解に従っても「得たもの」に関する支出の控除は行われないため、総額主義に抵触することはないように思われる。

第二に、第5・3刑事部の見解は取引それ自体が禁じられているかを基準とするが、とりわけ、証券犯罪における当該基準の不明確さが批判されている。すなわち、判例では、市場操縦については、取引それ自体が禁じられており、⁽¹⁷⁰⁾インサイダー取引については、取引が行われる手段や方法が禁じられて⁽¹⁷¹⁾いると解釈されているのであるが、いずれもドイツ有価証券法において取引それ自体が禁じられているため、⁽¹⁷²⁾市場操縦とインサイダー取引とで収奪の⁽¹⁷³⁾範囲を区別する理由はない。市場操縦についても、個々になされた売り注文及び買い注文それ自体は適法であり、株式の獲得それ自体ではなく、獲得する方法が禁じられていると評価することも可能であるため、⁽¹⁷⁴⁾市場操縦とインサイダー取引に対する評価は一義的に決まるものではない。また、判例においては、薬物取引、通商禁止違反、市場操縦が、取引それ自体が禁じられているものに分類されているが、⁽¹⁷⁵⁾薬物取引以外の分類については疑問が向けられている。

第三に、第1刑事部によっても批判されているが、債権行為と履行行為とを区別する理由は、第5・3刑事部によって明らかにされていない。⁽¹⁷⁶⁾ケルンのゴミ事件においては、贈賄による工事の受注のみが刑法上咎められ、注文の実行が咎められるわけではないため、請負代金ではなく契約締結時における工事注文の経済的価値のみが収奪の対象となると判断されたが、贈賄による契約の締結が刑法上咎められるのであれば、契約の履行も同様に咎められて⁽¹⁷⁷⁾いるとみなすことで、請負代金を収奪の対象とすることは可能であろう。

第４款 小 括

ここまで各刑事部の判例を時系列順に概観し、「得たものの特定」の問題に関する解釈が、第１刑事部と第５・３刑事部とで相違することを確認し⁽¹⁷⁸⁾た。すなわち、第１刑事部は、行為経過のいずれかの段階で構成要件の実現から得られた財産的価値を、「行為から得たもの」と解釈し、間接的に得られた利益にまで収奪を拡張する立場を採用する一方で、第５・３刑事部は、構成要件実現との間の直接性及び刑法規範の保護目的の観点から、収奪対象を構成要件実現から直接得られた財産的価値に限定する立場を採用した。⁽¹⁷⁹⁾

第１刑事部と第５・３刑事部の立場は、連邦通常裁判所2015年６月11日判決において一致することになるが、それまで展開されてきた各刑事部によるアプローチが相違することは刑事実務を不安定なものにするため、各刑事部による解釈の相違は2017年改正の要因の一つとなった。⁽¹⁸⁰⁾

第２節 「得たものの特定」に関する学説の展開

先述の判例の状況に鑑み、学説においても、第５・３刑事部のように「行為から得たもの」を構成要件実現から直接得られた財産的価値に制限しようとする見解が有力に主張されるようになる。とりわけ有力に主張されたのは、規範的不法連関（Normativer Unrechtszusammenhang）の視点から収奪対象を特定する学説である。

第１款 *Manfred Lenz* の見解

収奪において規範的不法連関を最初に取り入れたのは、1992年改正以前に主張された *Manfred Lenz* の見解である。*Lenz* は、収奪の基本規定である（1992年改正以前の）73条１項は、同条２項が一部の間接的な利益を対象としていることから、行為から直接得られた利益のみを対象とする理解に立つ。⁽¹⁸¹⁾ さらに *Lenz* は、行為と利益との間の直接的な関係性につき、

以下に示す事例の対比を通じて、得られた利益にその出発点となる行為(Anknüpfungstat)⁽¹⁸²⁾の実質的な不法が反映されていると説明する。

Lenz は、a と b で事情が異なる事例を 3 組挙げ、a と b で行為の不法が得られた利益とどのような関係に立つかを説明する。挙げられている事例の内容は、以下の通りである。

事例 1 a：使用を認められていない添加物によって食品偽装された缶詰を販売することで収益を得た場合。

事例 1 b：品質に問題はないが、誤った品質保証期限のラベルを添付された缶詰を販売することで収益を得た場合。

事例 2 a：ドイツ営業令(Gewerbeordnung)によって、休日労働が禁じられているにもかかわらず、事業主が被雇用者に休日労働をさせて収益を得た場合。

事例 2 b：運送業の事業主が、数人の運転手を雇用していたが、その中の一人の運転手が運転免許証を所持していない場合の事業収益。

事例 3 a：工場主が、必要な許可を全て得たうえで分工場を建築したが、当該分工場において、ドイツ営業令上要請される安全保障義務(Sicherheitsauflagen)を遵守しないで操業した場合の事業収益。

事例 3 b：生産性を向上させるために、工場主が、建築法(Baurecht)及びドイツ営業令の規定に従って施設を建設し、これを稼働させたが、必要な許可を得ていなかった場合の事業収益。

Lenz は、事例群 a と b では、得られた利益と出発点となる行為の不法との間の関係が、内的か外的かで区別されると説明する。⁽¹⁸³⁾すなわち、事例群 a における利益は、偽装食品の販売収益、休日労働による収益、安全でない分⁽¹⁸⁴⁾

工場による事業利益であって、これらは違法行為によってのみ得ることが可能であり、行為者が適法に行動した場合に、同一の利益を獲得することはできない⁽¹⁸⁵⁾。事例群 a における利益の発生は、出発点となる行為と結びついていることから、出発点となる行為の不法は得られた利益に現れ、当該利益を違法にする⁽¹⁸⁶⁾。それゆえ、*Lenz* は、事例群 a における利益は実質的な意味で違法であり、出発点となる行為の不法と内的な関係に立つとする⁽¹⁸⁷⁾。

これに対して事例群 b における利益の発生は、確かに出発点となる行為に起因するものであるが、当該行為によって形成されているものではない⁽¹⁸⁸⁾。すなわち、事例群 a のように、当該利益の獲得が必然的に違法な行為と結びつけられているわけではなく、行為者が適法に行動した場合、例えば、正しい品質保証期限のラベルが貼られている場合（事例 1）、運転手が免許証を持っている場合（事例 2）、許可を得て操業した場合（事例 3）でも、同様の利益が獲得され得る⁽¹⁸⁹⁾。事例群 b の場合は、利益を実現させる方法や手段だけが非難されるのであって、利益それ自体は違法ではない。それゆえ、*Lenz* は、事例群 b における利益は形式的に違法にすぎず、出発点となる行為と外的な関係にしか立たないとする⁽¹⁹⁰⁾。*Lenz* は、最終的に、収奪の要件として、①出発点となる行為が、違法な競争の利益を獲得するために犯されていること、②財産的利益それ自体が実定法の状況に反する（違法である）こと、すなわち、当該利益が適法な手段では生み出され得ないことの 2 点を要求する⁽¹⁹¹⁾。これらの要件が充足されて初めて、得られた利益は、出発点となる行為の不法と内的な関係に立つことが明らかとなり、収奪が正当化されると説明する⁽¹⁹²⁾。

Lenz の見解に対しては、まず、条文の文言からして、収奪の対象は違法な競争の利益に限られないため、①の要件は厳格に過ぎるという批判が向けられる⁽¹⁹³⁾。また、②の要件に対しては、例えば、自社の売上高が暴落したという重要事実を知った者が、その公表前に自社の株式を売り払い、損害を回避したというインサイダー取引の場合、インサイダー取引を行わなかった場合

に損害が回避できなかったとは必ずしも言えないとして、要件の射程に疑問を示す見解もある。⁽¹⁹⁴⁾しかし、*Lenz*の基本的な立場である、得たものと出発点となる行為の不法との間の内的な関係性は、以降の学説においても取り上げられることとなる。

第2款 *Thomas Rönnau*の見解

*Thomas Rönnau*は、『実務における利益の剥奪 (*Vermögensabschöpfung in der Praxis*)⁽¹⁹⁵⁾』の初版において、「得たものの特定」の問題につき、インサイダー取引の事例を引き合いに、秩序違反法で展開されていた適法な仮定的因果経過の考慮 (*Berücksichtigung rechtmäßiger hypothetischer Kausalverläufe*)⁽¹⁹⁶⁾という視点のもと、収奪の制限を試みる。⁽¹⁹⁷⁾挙げられている事例は、業績予想の下方修正を内容とし、いずれにしろ自社株式の相場を20%ダウンさせる内部情報を知った監査役が、すでに保有していた自社株式を、適時開示の前に900万ユーロで売却したというものであるが、*Rönnau*は、売却収益の総額である900万ユーロの収奪を、適法な仮定的因果経過の考慮の視点から否定する。*Rönnau*は、監査役は、適時開示後すなわち相場の下落後に、株式を720万ユーロで適法に売却したと考えられるため、差額の180万ユーロのみが収奪されるべきとする。⁽¹⁹⁸⁾

さらに、*Rönnau*によれば、こうした帰結は、行為を通じて設定された許されない危険が、行為の結果に実現している限りで行為者の責任を拡張する客観的帰属の視点と一致すると説明される。⁽¹⁹⁹⁾すなわち、設例における許されない危険とは、適時開示の前に株式を売却することができない、他の市場参加者に対する情報の優位性の利用に存在するのであり、許されない情報の優位性の利用は、得られた金額が、他の市場参加者が得られるであろう720万ユーロを超える限りで実現されている。⁽²⁰⁰⁾*Rönnau*は、一般の投資者が知らない情報を利用して得た部分にインサイダー取引の不法が反映されており、一般の投資者と同じように取引した場合でも得ることができた720万ユーロに

については、インサイダー取引の不法が反映されていないという理解に立っていると言えよう。

適法な仮定的因果経過の考慮は、行為者が適法な代替的態度をとった場合に得た利益と、実際に得た利益との差額を問題とするところ、Rönnau の挙げた設例においては、自社株式を「売却しない」という選択肢も考えられる。そのため、行為者は何らの利益も得ず、結果として売却収益の総額が収奪されるべきという批判も考えられるが、Rönnau は、適法な仮定的因果経過の考慮においては、利益を得ないという適法な不作為ではなく、利益を得る行為が法律上どこまで容認されているかが問題となるため、批判は妥当しないとする⁽²⁰¹⁾。もっとも、自社株式を売却しなかったとしても、行為者の手元には価格が下がった株式が残るため、結論に差異は出ないと思われる。

Rönnau はさらに、規範的不法連関の下位基準として、適法な代替的態度又は義務違反連関（Pflichtwidrigkeitszusammenhang）の基準を主張し、環境犯罪や交通犯罪など、形式的に違法な行為で構成要件が充足される犯罪類型において、収奪対象を特定する場合に当該基準が有用であると説明する⁽²⁰²⁾。Rönnau は、freenet 事件における第 5 刑事部の判断につき、義務に反する行為と合致する行為を比較することで、「得たもの」を特定したと述べ⁽²⁰³⁾る。

適法な仮定的因果経過の考慮によれば、行為者が一般人と同じように行動した場合に得たであろう利益と、実際に得た利益との差に行為の不法が反映されていると考えられるため、一般人であれば適時開示後に株式を売却しただろうなどの、利益を得る行為のいわゆる付け加えがなされる。こうした付け加えが許される犯罪類型は、一般人が利益を得る可能性を問題とする以上、得られた利益の全部又は一部が、適法行為によっても獲得できるものに限られるだろう。これに対し、財産犯など、違法行為を利益獲得の前提とする犯罪類型においては、適法行為によって一般人が利益を得る可能性は問題にならないだろう⁽²⁰⁴⁾。

第3款 保護目的連関を主張する見解

規範的不法連関の下位基準として、連邦通常裁判所の判例においても示されたような、保護目的連関 (Schutzzweckzusammenhang) を主張する見解も存在する。*Gereon Wolters* は、*Lenz* の見解に依拠し、収奪における「得たもの」は「形式的」のみならず、むしろ「実質的にも違法」でなければならない⁽²⁰⁵⁾と主張する。*Wolters* は、*Rönnau* が挙げたものとほぼ同様のインサイダー取引の事例を挙げ、ドイツ有価証券法によって処罰される情報の優位性の利用という許されない危険が得たものに現実化している限りで、収奪を認める⁽²⁰⁶⁾。同様の視点から *Wolters* は、先に見た連邦通常裁判所2002年8月21日判決を批判し、通商禁止違反によって得られるものは、禁止対象となっている市場における販売収益ではなく、当該市場へのアクセスだけであり、収奪においては当該市場が行為者にとってどれだけの財産的価値を有するかを問題とすべきと主張する⁽²⁰⁷⁾。

第4款 *Tim Gebauer* の見解

2017年改正後に主張されたものとして、*Tim Gebauer* の見解が挙げられる。*Gebauer* は、*Lenz*、*Rönnau*、*Wolters* の見解にみられる、得たものと出発点となる行為との間の規範的な不法連関は改正後の没収 (Einzziehung) にも妥当するとし⁽²⁰⁸⁾たうえで、客観的帰属論の観点から没収の制限を試みる。*Gebauer* は、没収 (刑法73条以下) への客観的帰属論の適用可能性については、次のように論証する。すなわち、客観的帰属は、構成要件の結果に実現する法的に重大な危険が作り出された場合に存在するものであって、「行為者の仕業」として発生した結果に関して行為者の法的責任を検討する。他方で、構成要件は行為の不法を具体化する要素を内容とする。刑法73条以下の犯罪収益の没収は、違法な行為 (構成要件該当行為) という要素を有して

おり、構成要件が違法な行為の基礎をなす。⁽²⁰⁹⁾ こうした結びつきから、違法な行為の不法要素が没収においても反映されていなければならないことが導かれる。⁽²¹⁰⁾ 犯罪収益の没収は、「準構成要件（Quasi-Tatbestand）」として位置づけられ、その効果は不法を具体化する点で構成要件のそれと合致する。⁽²¹¹⁾ 客観的帰属論は、犯罪における行為と結果の間の答責領域を作り出すため、刑法73条においても、違法な行為と獲得されたものとの間に答責領域を作り出す。⁽²¹²⁾ Gebauer は、違法な行為と獲得されたものとの間の客観的帰属の検討に加え、先に挙げられた保護目的連関、適法な仮定的因果経過を考慮したうえで、各犯罪類型における得たものの特定を行い、結論として、薬物犯罪においてのみその犯罪収益の総額の没収を認め、贈収賄罪、インサイダー取引などにおいては客観的帰属によって没収の対象を制限すべきと主張する。⁽²¹³⁾

第5款 小 括

以上、規範的不法連関の視点から収奪対象を特定する学説を概観した。規範的不法連関を基準とする見解は、行為の不法が反映されている限度で「得たものの特定」を行い、その総額を収奪対象としているとまとめられる。行為の不法を検討する下位規範として、適法な仮定的因果経過や規範の保護目的連関、客観的帰属論が用いられる。

（１）東京地判昭和58年 9 月27日判時1101号135頁。なお、闘鶏賭博において闘鶏用として提供した鶏の対価として受領した金銭を、賭博幫助の犯罪取得物件とした例として、大判大正13年 6 月25日刑集 3 卷542頁。

（２）大判昭和 5 年 4 月28日刑集 9 卷347頁。

（３）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第1巻〔第三版〕』（青林書院、2015年）428頁〔出田孝一〕。

（４）団藤重光編『注釈刑法（１）』（有斐閣、1964年）143頁〔藤木英雄〕。

（５）法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975年）124頁、藤木・前掲注（４）127頁、出田・前掲注（３）429頁。

- (6) 藤木・前掲注(4) 131頁、出田・前掲注(3) 410頁以下。
- (7) 出田・前掲注(3) 459頁。
- (8) 例えば、犯人が犯罪の報酬を現金で取得した場合は、その現金は没収の対象となるが、これを銀行口座への振込で取得したときは、その預金債権は没収の対象とならない。
- (9) 利益没収制度を採用する特別刑法の例として、関税法118条(犯罪貨物等の没収・追徴)、金融商品取引法198条の2(不公正取引により得た財産等の没収・追徴)、公職選挙法224条、224条の3(買収及び利害誘導等罪において収受し又は交付された利益の没収・追徴)、麻薬特例法11~13条(薬物犯罪収益等の没収・追徴)、組織的犯罪処罰法13~16条(犯罪収益等の没収・追徴)が存在する。なお、組織的犯罪処罰法における「犯罪収益」には、取得物件、報酬物件に加え、犯罪行為により生じた財産として生成物件も含まれる。
- (10) 法務省法務総合研究所編『犯罪白書(平成30年版)』(2018年) 144頁。
- (11) 法務省法務総合研究所編・前掲注(10) 148頁。
- (12) 「犯罪行為により得た財産」の範囲について判断したものとして、最判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁、最決平成17年7月22日刑集59巻6号646頁、最決平成20年11月4日刑集62巻10号2811頁、東京地判平成22年2月18日判タ1330号275頁。
- (13) 個別の刑罰法規における立法趣旨・目的から利益没収の範囲を説明するものとして、中井憲治「麻薬特例法による必要的没収・追徴の対象である『不法収益』の意義(上)」研修544号(1993年) 13頁以下、中川清明「判批」警察公論49巻4号(1994年) 59頁以下、白濱清貴「判批」警察学論集55巻10号(2002年) 199頁以下、白井美果「判批」捜査研究696号(2009年) 11頁以下、岡上雅美「判批」刑事法ジャーナル19号(2009年) 111頁以下。
- (14) 谷口正孝「没収及び追徴の研究—無差別没収を中心として—」司法研究報告書8輯4号(1955年) 65頁、植松正「没収」日本刑法学会編『刑事法講座 第3巻』(有斐閣、1952年) 615頁以下、伊達秋雄=松本一郎「没収・追徴」『総合判例研究叢書 刑法(20)』(有斐閣、1963年) 5頁以下、林美月子「没収・追徴と均衡原則—麻薬特例法を中心として—」町野朔=林幹人編『現代社会における没収・追徴』(信山社、1996年)(以下、『現代社会』として引用する) 46頁。
- (15) 例えば、白木豊「麻薬特例法における不法収益の没収・追徴」小樽商科大学商学討究46巻第2・3号(1996年) 192頁以下、及び山本輝之「麻薬特例法における『不法収益』の没収・追徴について」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院、

2002年）488頁以下は、両者とも没収について刑罰的性質を認めているにもかかわらず、没収の範囲につき異なる帰結を導いている。

- (16) 出田・前掲注（3）408頁以下は、「現行法の没収は、法の形式面だけでなく、実質面においても刑罰ないし制裁としての性格を有するものと理解するのが正当である」とする。その上で、行為者から取り上げるべき利益の範囲につき、刑法19条1項3号による没収では、「本号の規定の文理等に照らし、犯罪行為によって取得した物そのものを不正の利得として没収する趣旨と考えられるから、その物の取得費用の控除などは問題とならない」とするが、刑法19条の2による追徴では、没収すべき目的物を取得するのに費用を支出した場合に、「不法な利益の剥奪という本条の追徴の趣旨を考慮し、裁量により、その分を控除して追徴することは許される」とする。同旨として、前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂、2013年）42頁。
- (17) 拙稿「ドイツ法にいわゆる『利益没収』制度の法制史的考察—刑法における『利益没収』の法的性質を探るための予備的作業として—」早稲田法学会誌70巻1号（2019年）1頁以下。
- (18) 拙稿・前掲注（17）57頁以下。
- (19) BGBl. 2017, I, S. 872. また、当該改正の概要を紹介した文献として、佐藤拓磨「ドイツにおける犯罪収益はく奪制度の改正」法学政治学論究118号（2018年）21頁以下。
- (20) 利益没収制度の概要や同制度の改正の経緯を紹介するものとして、大越義久「ドイツにおける没収」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）245頁以下、同「ドイツ刑法の没収—その沿革と改正—」町野＝林編『現代社会』199頁以下、西田典之「ドイツにおける利得剥奪制度の改正」町野＝林編『現代社会』206頁以下、伊東研祐「ドイツにおける不法利得剥奪（Verfall）法の新展開—資金洗浄取締規定関係を含めて—」町野＝林編『現代社会』218頁以下。ドイツの刑法学者による講演の翻訳として、トーマス・レナウ（甲斐克則監訳：北尾仁宏＝熊谷智大訳）「ドイツにおける犯罪収益の剥奪、利益収奪および被害者への返還—概観—」比較法学50巻2号（2016年）79頁以下。利益没収に関する議論状況を紹介したものとして、島田聡一郎「最近のドイツにおける Verfall を巡る議論」川端博ほか編『理論刑法学の探究②』（成文堂、2009年）185頁以下。
- (21) BGBl. 1969, I, S. 717.
- (22) BT-Drucks. 18/9525 S. 48.

- (23) 刑法74条以下の没収を整理した文献として、横濱和弥「ドイツ刑法における供用客体の没収—日本刑法上の供用物件・供用準備物件の没収との対比を念頭に—」法学研究92巻11号(2019年)35頁以下。
- (24) BT-Drucks. **3**/2150 S. 228.
- (25) RGBl. 1924, I, S. 44.
- (26) BT-Drucks. **3**/2150 S. 228.
- (27) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 1, 1956, S. **8**f.
- (28) Niederschriften, a. a. O. (Anm. 27), S. 375.
- (29) *Fränkel*, in: Niederschriften, a. a. O. (Anm. 27), S. 156.
- (30) Niederschriften, a. a. O. (Anm. 27), S. 376.
- (31) BT-Drucks. **3**/2150 S. 228.
- (32) *Schmidt*, in: Niederschriften, a. a. O. (Anm. 27), S. 176.
- (33) 訳は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料424号(1975年)によるが、Verfallの概念の統一のために、訳語を「追徴」から「収奪」へと改めた。
- (34) BGHSt 28, 369.
- (35) BGHSt 28, 369.
- (36) 1979年決定に依拠している判例として、BGHSt 31, 145; BGH StV 1981, 627; BGH NStZ 1984, 27; BGH NStZ 1988, 496. また、BGH NStZ 1994, 123及びBGH NStZ 1996, 539は改正後の判決であるが、改正が発効する以前の犯罪行為によって獲得された利益の部分については、1979年決定の枠組みに従って収奪が命じられた。
- (37) BGHSt 30, 46.
- (38) BGHSt 30, 46, 51.
- (39) BGHSt 30, 314.
- (40) BGHSt 30, 314, 315.
- (41) 高山佳奈子「犯罪収益の剥奪」法學論叢154巻**4・5・6**号(2004年)465頁。
- (42) BGHSt 33, 37.
- (43) BGH NStZ 1988, 496.
- (44) BGH NJW 1989, 3165.
- (45) もっとも、収奪制度の立法以前のドイツ刑法335条によれば、賄賂として「受領されたもの(Empfangene)」が収奪されていたため、獲得された賄賂の総額が

- 収奪されていた。この点につき、BGHSt 13, 328; *Frank Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl., 2017, § 73 Rn. 10.
- (46) *Koffka*, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 3, 1958, S. 280.
- (47) *Albin Eser*, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, 1969.
- (48) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 84, 336.
- (49) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 336.
- (50) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 336 (Fn. 91).
- (51) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 84f, 285f.
- (52) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 286, 334.
- (53) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 90.
- (54) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 336.
- (55) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 336 (Fn. 95).
- (56) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 334 (Fn. 80).
- (57) *Eser*, a. a. O. (Anm. 47), S. 86, 284.
- (58) 当時の見解として、*Albin Eser, in: Schönke/Schröder*, StGB, 18. Aufl., 1976, vor § 73 Rn. 19.
- (59) 当時の見解として、*Albin Eser, in: Schönke/Schröder*, StGB, 18. Aufl., 1976, § 73 Rn. 17.
- (60) *Lothar Güntert*, *Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion*, 1983, S. 39f; *Jürgen Jekewitz*, *Verfassungsrechtliche Aspekte des strafgerichtlichen Zugriffs auf Geldvermögen und seine Rückgängigmachung auf dem Gnadenweg*, GA 1998, S. 278; *Georgios Sotiriadis*, *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, 2010, S. 157f.
- (61) *Christof Kellmann*, *Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter*, NJW 1971, S. 864. ドイツ民法818条以下の規定の概要については、椿寿夫＝右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）32頁以下〔赤松秀岳〕。
- (62) BGHZ 1, 75, 81; BGHZ 55, 128, 131; BGHZ 66, 150.
- (63) *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 791f; *Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 8. Aufl., 2014, S. 950; *Frank Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl., 2017, vor § 73 Rn. 5.

- (64) 1992年改正の概要については、西田・前掲注(20) 206頁以下、伊東・前掲注(20) 218頁以下、高山・前掲注(41) 467頁以下。
- (65) *Michaela Arnold*, Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung (§ § 73 bis 76a StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2015, S. 251.
- (66) *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 251.
- (67) *Günther Kaiser*, Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität, ZRP 1999, S. 145; *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 253.
- (68) *Sotiriadis*, a. a. O. (Anm. 60), S. 153; *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 253f.
- (69) BT-Drucks. 12/989, S. 1.
- (70) *Mario Riechmann*, Organisierte Kriminalität und Terrorismus, 2009, S. 107.
- (71) *Andreas Hoyer*, Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallrechts, GA 1993, S.406; *Kaiser*, a. a. O. (Anm. 67), S. 145.
- (72) *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 251.
- (73) *Karl Brenner*, Gewinnverfall, eine vernachlässigte Strafvorschrift, DRiZ 1977, S. 203ff; *Volker Krey/Alfred Dierlamm*, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, JR 1992, S. 355; *Jekewitz*, a. a. O. (Anm. 60), S. 277.
- (74) 統計、比較及び図の作成については、*Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 85f を参照。
- (75) *Edda Weßlau*, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr -, StV 1991, S. 227 (Fn. 20); *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 407f.
- (76) *Wolfram H. Eberbach*, Zwischen Sanktion und Prävention, NSTZ 1987, S. 491; *Weßlau*, a. a. O. (Anm. 75), S. 227; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 408.
- (77) *Eberbach*, a. a. O. (Anm. 76), S. 491; *Weßlau*, a. a. O. (Anm. 75), S. 227; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 408.
- (78) *Eberbach*, a. a. O. (Anm. 76), S. 491; *Weßlau*, a. a. O. (Anm. 75), S. 227f; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 408.
- (79) *Eberbach*, a. a. O. (Anm. 76), S. 491.
- (80) *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 408.
- (81) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 90.
- (82) BGBl. 1987, I, S. 1090.

- (83) BGBl. 2006, I, S. 2350. また、改正の内容については、佐藤・前掲注（19）26頁以下の他、*Gina Greeve*, Verstärkte Rückgewinnungshilfe und Vermögensabschöpfung seit dem 1.1.2007, NJW 2007, S. 14.
- (84) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 91.
- (85) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 92.
- (86) BGBl. 1975, I, S. 1314f.
- (87) BGBl. 1977, I, S. 1526.
- (88) BGBl. 1977, I, S. 483.
- (89) BGBl. 1980, I, S. 1671.
- (90) BGBl. 1980, I, S. 1906.
- (91) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 55), S. 92によれば、秩序違反行為への変更が加えられたその他の特別刑法として、牛乳及び油脂法（Milch-und Fettgesetz）、砂糖法（Zuckergesetz）、自動車貨物運送法（Güterkraftverkehrsgesetz）、内水船による産業上の運送に関する法律（Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr）、共通市場秩序の実行に関する法律（Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen）が挙げられる。
- (92) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 93.
- (93) BT-Drucks. 11/6623, S. 4.
- (94) *Krey/Dierlamm*, a. a. O. (Anm. 73), S. 356; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 408.
- (95) BGHSt 28, 369. 麻薬法違反で同様の判断をしている判例として、BGH StV 1981, 627.
- (96) BT-Drucks. 11/6623, S. 4.
- (97) BT-Drucks. 11/6623, S. 4.
- (98) BT-Drucks. 11/6623, S. 4.
- (99) *Krey/Dierlamm*, a. a. O. (Anm. 73), S. 356; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 409; *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 254.
- (100) *Krey/Dierlamm*, a. a. O. (Anm. 73), S. 356; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 409; *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 254.
- (101) BGHSt 28, 369; BGHSt 31, 145; BGH StV 1981, 627; BGH NSTZ 1984, 27; BGH NSTZ 1988, 496; BGH NJW 1989, 3165.
- (102) *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 409.
- (103) BGBl. 1987, I, S. 1137, 1139f.

- (104) BGBl. 1992, I, S. 1302.
- (105) BGBl. 1992, I, S. 372.
- (106) BT-Drucks. 11/6623, S. 3.
- (107) BT-Drucks. 11/6623, S. 7.
- (108) BT-Drucks. 12/989, S. 23f. 拡大収奪の適用を指示するドイツ刑法典における犯罪として、通貨偽造及び証券偽造(旧150条)、売春斡旋(旧181条c)、人身取引(旧233条b 2項)、集団窃盗(旧244条3項、旧244条a 3項)、強盗及び恐喝(旧256条2項)、盗品等蔵匿(旧260条a 3項)、詐欺(旧263条6項)文書偽造(旧282条1項)、賭博の無許可開催(旧286条1項)、取引交渉における贈収賄(旧302条1項)収賄(旧338条)等がある。
- (109) BT-Drucks. 12/1134, S. 12.
- (110) BT-Drucks. 12/1134, S. 12.
- (111) BT-Drucks. 11/6623, S. 13; BT-Drucks. 12/1134, S. 12.
- (112) 訳は、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料461号(2007年)によるが、Verfallの概念の統一のために、訳語を「利益収奪」から「収奪」へと改めた。
- (113) *Michael Kilchling* (Hrsg.), *Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa*, 2002, S. 42によれば、1986年の収奪の件数は159件であったが、1999年までに収奪及び拡大収奪の件数は1301件まで増加した。
- (114) *Maurach/Gössel/Zipf*, a. a. O. (Anm. 63), S. 949.
- (115) *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 414f; *Gereon Wolters*, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, 1995, S. 48f; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 63), S. 792f; *Sven Keusch*, *Probleme des Verfalls im Strafrecht*, 2005, S. 59; *Sotiriadis*, a. a. O. (Anm. 60), S. 161f; *Wolfgang Joecks*, in: *MK-StGB*, Bd. 2, 3. Aufl., 2016, § 73 Rn. 13; *Saliger*, a. a. O. (Anm. 63), Rn. 5; *Albin Eser/Frank Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 30. Aufl., 2019, vor § 73 Rn. 16.
- (116) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 63), S. 793; *Keusch*, a. a. O. (Anm. 115), S. 60; *Joecks*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 13; *Eser/Schuster*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 18.
- (117) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 63), S. 793; *Keusch*, a. a. O. (Anm. 115), S. 60; *Joecks*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 13; *Eser/Schuster*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 18.

- (118) *Gereon Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl., 2016, § 73 Rn. 8.
- (119) *Thomas Geiger*, Die Rechtsnatur der Sanktion, 2006, S. 229f.
- (120) *Geiger*, a. a. O. (Anm. 119), S. 309, 350.
- (121) BGH NStZ 1995, 491.
- (122) 同判決に依拠している判例として、BGH NJW 1998, 1723; BGH NStZ 2000, 137; BGH NStZ 2001, 312; BGH NJW 2002, 3339.
- (123) BGH NStZ 1995, 491, 491f. その他、収奪に関する判断は主刑の量刑とは関係がないと判断している判例として、BGH NStZ-RR 1996, 129.
- (124) BGHSt 47, 369.
- (125) BGHSt 47, 369, 373f. 同判決に依拠している判例として、BGH NJW 2006, 2500.
- (126) *Jürgen Rüdiger Smettan*, Kriminelle Bereicherung in Abhängigkeit von Gewinnen, Risiken, Strafen und Moral, 1992, S. 200f; *Walter Perron*, Vermögensstrafe und Erweiterter, Verfall, JZ 1993, S. 921.
- (127) *Smettan*, a. a. O. (Anm. 126), S. 210.
- (128) *Smettan*, a. a. O. (Anm. 126), S. 211; *Perron*, a. a. O. (Anm. 126), S. 921.
- (129) *Perron*, a. a. O. (Anm. 126), S. 921.
- (130) この点を指摘する我が国の文献として、島田・前掲注（20）192頁以下、レナウ・前掲注（20）85頁以下、佐藤・前掲注（19）25頁以下。
- (131) *Joecks*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 45; *Saliger*, a. a. O. (Anm. 45), Rn. 6.
- (132) BGH NStZ 1994, 123.
- (133) 各刑事部の判例を概説する文献として、*Sonja Heine*, Zum Verfall bei Austauschverträgen: Wider die Aushöhlung des Bruttoprinzips, NStZ 2015, S. 127.
- (134) BGHSt 47, 260.
- (135) BGHSt 47, 260, 268f.
- (136) BGHSt 47, 260, 269.
- (137) BGHSt 47, 260, 270.
- (138) BGHSt 47, 260, 269.
- (139) BGHSt 47, 369.
- (140) BGHSt 50, 299.
- (141) BGHSt 50, 299, 310.
- (142) BGHSt 50, 299, 310.

- (143) BGHSt 52, 227.
- (144) ドイツ不競法16条1項によれば、「特に有利であるとの外観を作出する意図をもって公示または広範囲の人々に対する通知において、真実に反する表示によって、誤認させる広告を行う者は、二年以下の自由刑または罰金に処する」と定める。なお、条文の訳は、宗田貴行「ドイツ新不正競争防止法(翻訳)」奈良法学会雑誌17巻1・2号(2004年)193頁以下による。
- (145) BGHSt 52, 227, 248f.
- (146) BGHSt 52, 227, 249.
- (147) BGHSt 52, 227, 250.
- (148) BGHSt 52, 227, 249f.
- (149) BGHSt 52, 227, 250.
- (150) BGHSt 52, 227, 251.
- (151) BGH NJW 2010, 882.
- (152) BGH NJW 2010, 882, 884.
- (153) BGH NJW 2010, 882, 884.
- (154) BGH NJW 2010, 882, 884.
- (155) BGH NStZ 2011, 83.
- (156) BGH NStZ 2011, 83, 85.
- (157) BGH NStZ 2011, 83, 85.
- (158) BGHSt 57, 79.
- (159) BGHSt 57, 79, 83.
- (160) BGHSt 57, 79, 85.
- (161) BGHSt 59, 80.
- (162) BGHSt 59, 80, 93.
- (163) BGHSt 59, 80, 93.
- (164) BGH NZWiSt 2016, 281.
- (165) 内訳は金銭の返済が444,230ユーロ、手数料が7,526ユーロとされる。これについては、*Tim Gebauer*, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach § § 73 ff. StGB, 2019, S. 35f.
- (166) BGH NZWiSt 2016, 281, 282.
- (167) *Joachim Vogel*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.01.2010 – 5 StR 224 /09, JZ 2010, S. 372.

- (168) BGHSt 47, 260, 269; BGHSt 50, 299, 310.
- (169) Gebauer, a. a. O. (Anm. 165), S. 74.
- (170) BGHSt 59, 80, 93.
- (171) BGH NJW 2010, 882, 884.
- (172) Heine, a. a. O. (Anm. 133), S. 130.
- (173) Gebauer, a. a. O. (Anm. 165), S. 76f.
- (174) Hans Kudlich, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.11.2013 – 3 StR 5/13, JZ 2014, S. 748.
- (175) Heine, a. a. O. (Anm. 133), S. 131; Gebauer, a. a. O. (Anm. 165), S. 77f.
- (176) BGHSt 52, 227, 248. この点を指摘する文献として、Jan Schlösser, Die Bestimmung des erlangten Etwas i. S. v. § 73 I 1 StGB bei in Folge von Straftaten abgeschlossenen gegenseitigen Verträgen, NStZ 2011, S. 124.
- (177) Gebauer, a. a. O. (Anm. 165), S. 79.
- (178) 連邦通常裁判所だけでなく、当然、地方裁判所及び州高等裁判所の判例においても、「得たものの特定」の問題に関する解釈は相違していた。例えば、インサイダー取引につき、LG Augsburg NStZ 2005, 109は、株式の売却収益の総額を収奪したが、LG Bonn BeckRS 2009, 25769は、収奪の法的性質の観点から刑法上非難されない財産を収奪するべきではないとして、インサイダー取引による純利益を収奪した。また、市場操縦につき、OLG Stuttgart BeckRS 2014, 16560は、連邦通常裁判所2013年11月27日判決を引用し、第3刑事部と同様の判断を行っている。
- (179) 佐藤・前掲注（19）26頁。
- (180) BT-Drucks. 18/9525, S. 46f.
- (181) Manfred Lenz, Einziehung und Verfall de lege lata und de lege ferenda, 1986, S. 260f.
- (182) Lenz, a. a. O. (Anm. 181), S. 266ff.
- (183) Lenz, a. a. O. (Anm. 181), S. 268f.
- (184) 旧食糧及び生活必需品についての法律（Lebensmittel-und Bedarfsgegenständengesetz）52条1項3号によれば、食糧品の生産又は加工の際に禁止されている添加物を利用した者は、1年以下の自由刑又は罰金刑によって処罰された。
- (185) Lenz, a. a. O. (Anm. 181), S. 268.
- (186) Lenz, a. a. O. (Anm. 181), S. 268.
- (187) Lenz, a. a. O. (Anm. 181), S. 269.

- (188) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 269.
- (189) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 269ff.
- (190) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 269.
- (191) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 279.
- (192) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 279.
- (193) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 83.
- (194) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 83.
- (195) *Thomas Rönnaу*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 1. Aufl., 2003. 訳は、島田・前掲注(20)190頁による。
- (196) *Steffen Cramer*, Bemessung von Geldbuße und Verfall gemäß § § 17, 29a OWiG unter Berücksichtigung der steuerlichen Belastung sowie der Einnahmen aus rechtmäßigem Alternativverhalten, wistra 1996, S. 250f.
- (197) *Rönnaу*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 195.
- (198) *Rönnaу*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 195.
- (199) *Rönnaу*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 195.
- (200) *Rönnaу*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 195.
- (201) *Rönnaу*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 197.
- (202) *Thomas Rönnaу/Jan R Krezer*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.01.2012 – 3 StR 343/11, NZWiSt 2012, 149.
- (203) *Thomas Rönnaу*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., 2015, Rn. 43 (Fn. 119).
- (204) *Saliger*, a. a. O. (Anm. 45), Rn. 9c は *Rönnaу* の見解をインサイダー取引の文脈で引用する。
- (205) *Gereon Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl., 2016, § 73 Rn. 18. その他、「得たものの特定」において保護目的連関を主張する見解として、*Hans Kudlich/Silke Noltensmeier*, Die Anordnung des Verfallshung (§ § 73ff. StGB) bei verbotenem Insiderhandel nach § 38 i.V.m. § 14 WpHG, wistra 2007, S. 124.
- (206) *Wolters*, a. a. O. (Anm. 205), Rn. 18.
- (207) *Wolters*, a. a. O. (Anm. 205), Rn. 16.
- (208) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 92.
- (209) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 94.
- (210) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 94.

(211) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 94.

(212) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 94.

(213) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 147.

